

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA

REPRÉSENTATION INDIRECTE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(*Sciences juridiques*)

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le samedi 27 avril 1912 à 1 heure 1/2.

PAR

HIPPOLYTE G. NICOLEANO

Avocat

Président : M. ALBERT TISSIER, professeur.

Suffragants { *MM. PLANIOL, professeur.*
PERCEROU, professeur.

PARIS

M. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, RUE SOUFFLOT ET 12, RUE TOULLIER

1912

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses ; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA
REPRÉSENTATION INDIRECTE

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(*Sciences juridiques*)

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le samedi 27 avril 1912 à 1 heure 1/2.

PAR

HIPPOLYTE G. NICOLEANO

Avocat

Président : M. ALBERT TISSIER, professeur.

Suffragants { MM. PLANIOL, professeur.
PERCEROU, professeur.



PARIS

M. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, RUE SOUFFLOT ET 12, RUE TOULLIER

1912



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DE

LA REPRÉSENTATION INDIRECTE

INTRODUCTION

Avant de commencer notre étude, il nous paraît indispensable de présenter quelques observations.

La représentation indirecte dans le droit français actuel ne paraît pas exister. Si quelques auteurs la mentionnent ce n'est que pour l'exclure. Aussi pourrait-on se demander si notre travail répond à une utilité quelconque.

Notre réponse sera facile. C'est en vue de son utilité même que nous nous sommes proposé de traiter cette matière et de chercher une solution qui permette de satisfaire les intérêts pratiques qu'elle met en jeu dans de très nombreuses hypothèses.

Nous nous croyons autorisé à agir ainsi par la tendance nouvelle, déjà reconnue en droit, de laisser libre champ à de pareilles recherches, en considération de ce fait que la science juridique est une science pure-

ment pratique qui doit tenir compte des nécessités de la vie (Gény. *Méthode d'interprétation* ; Saleilles. *Revue trimestrielle du droit civil*, 1902). Quelques lignes dans notre introduction sur cette nouvelle tendance et sur les systèmes adverses qu'elle a suscités ne seront pas superflues.

Un de ces systèmes adverses qui était en floraison à l'époque du droit naturel était celui de l'Ecole *Aprioriste* ou *Philosophique* qui se flattait de renfermer dans quelques principes les innombrables problèmes de la vie éternellement changeants. Elle considérait le droit comme une création purement rationnelle, fruit des méditations du législateur (1). Sa raison découvre un droit idéal, immuable et parfait qu'il doit prendre pour modèle et dont il doit s'efforcer de rapprocher les institutions existantes. Cette philosophie, qui ne s'occupe pas des mille et mille problèmes de la vie réelle, n'a eu qu'un moment de vogue, à l'époque où la théorie du droit naturel régnait en maîtresse. Si de nos jours elle n'est pas complètement abandonnée et compte encore quelques adeptes qui s'inclinent avec respect devant une conception qui au lieu de pénétrer dans la nature des choses se tient dans un cercle superficiel, il

1. Conception mise en honneur par les juriconsultes du xvii^e siècle, notamment le hollandais Grotius qui est considéré comme le père de la philosophie du droit, Puffendorf en Allemagne, Domat en France, et reprise par les juriconsultes du xviii^e siècle (Voir Capitant. *Introduction au cours de droit civil*, note 1, p. 5)

n'en est pas moins vrai qu'elle n'est plus assez solide pour avoir besoin d'être sérieusement combattue. Un exemple suffira pour le démontrer :

Tout le monde connaît le principe : *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*. A priori, ce principe est si vrai qu'il apparaît comme un axiome arithmétique, au-dessus de toute atteinte, et pourtant le droit l'a tellement percé d'exceptions que son domaine s'est singulièrement restreint. Et, en effet, aujourd'hui presque toutes les législations reconnaissent (surtout dans les transactions qui ont pour objet des meubles), qu'il ne s'applique que dans les cas relativement rares où l'acquéreur a eu la possibilité de se convaincre que l'aliénateur est ou non le vrai propriétaire. Ce principe sera plus difficile à appliquer lorsque les personnes contractantes qui habitent des localités ou des pays différents ne peuvent pas, par suite de leur éloignement, se rendre compte facilement de cette qualité de propriétaire chez l'aliénateur. Aussi dans de pareilles circonstances il donne lieu par son incertitude même à des difficultés considérables. C'est pour assurer la sécurité des transactions qu'il a été remplacé dans la mesure des nécessités pratiques, et pour éviter le conflit entre le vrai propriétaire et le tiers acquéreur, par un autre principe du droit germanique, celui de *l'acquisition de bonne foi*. Bien plus, ce principe, applicable, au début, seulement aux transactions ayant pour objet des meubles corpo-

rels, a été étendu par beaucoup de législations aux créances, en incorporant pour ainsi dire la créance dans le papier qui la constate et en la rendant, ainsi portable au vrai sens du mot : *Quod non est in cambio, non est in mundo*, et par conséquent susceptible d'une acquisition réelle, de bonne foi.

Toujours par application de cette même idée la jurisprudence moderne a tenu compte de l'acquisition de bonne foi en déclarant valables les actes d'aliénation faits par un héritier apparent (Cass., 3 juillet 1877, D. 77.1.429 ; S. 78.1.38 ;) etc. : « Il faut déclarer hardiment, dit M. Planiol, que la loi doit fléchir devant « un principe supérieur d'équité et de justice : la bonne « foi des acquéreurs, l'erreur invincible dans laquelle « ils sont tombés ; elle doit les protéger contre toute « acquisition (1). » Et ainsi on est arrivé à remplacer dans cette hypothèse aussi l'ancien principe aprioristique qui semblait intangible par l'*error communis facit jus*.

Mais, plus dangereux que l'apriorisme, se dresse un autre adversaire avec lequel la lutte menace de durer de longues années encore. Nous voulons de parler de l'*Ecole Historique* mise en honneur par Savigny. Ce grand jurisconsulte a démontré que le droit est un produit de l'histoire, non du raisonnement, qu'il naît des rapports sociaux et des besoins économiques, d'une

1. Planiol. *Traité élémentaire du droit civil*, t. III, n° 2960.

façon en quelque sorte automatique, le législateur se bornant à le constater, et une sorte de fatalisme présidant à son développement (1).

Cette école a eu le grand mérite d'avoir mis en lumière la vanité du rationalisme, mais elle est tombée à cause de son exagération et de sa caractéristique, *l'inclination formaliste*. Les inconvénients de ce formalisme dans le droit privé surtout apparaissent dans ses deux résultantes.

La première que Ihering nomme d'une manière sarcastique : *Begriffs jurisprudenzen* (jurisprudence des notions) consiste à prendre les différentes manifestations de la vie d'une complexité si variée, et à les diviser et subdiviser à l'infini afin de faire mieux ressortir les notions ; puis, ces notions une fois dégagées, à opérer comme si elles étaient des *valeurs absolues* et non de simples points de vue dans lesquels on peut retenir ce qu'on veut.

La seconde est *la méthode constructive* qui se borne à faire des emprunts extérieurs et formalistes. Cette méthode ne recherche pas si le cas produit est ou non tranché par la loi, elle cherche tout simplement à « construire » un rapport juridique qui est consacré par la loi ou la coutume et à considérer le cas produit comme identique à ce rapport (2).

1. Capitant, *op. cit.*, p. 7.

2. Cette méthode est très critiquée. La vie est tellement variée qu'il paraît presque impossible de trouver deux actes parfaitement

Dans ces derniers temps, presque tous les auteurs ont combattu ce formalisme, mais aucun ne l'a fait avec plus de sincérité que Ihering. Avec une vigueur extrême et en même temps avec une résignation d'autant plus louable qu'il avait quelque temps auparavant, dans une

identiques. Dans cette méthode, qui consiste à rapprocher le cas présent de celui qui est consacré par la loi, on est souvent obligé pour rendre ce rapprochement possible de supprimer dans ces actes certaines particularités qui sont précisément celles qui les distinguent.

Pour mieux faire ressortir cette idée que nous venons d'exprimer, citons un exemple typique tiré de deux décisions allemandes, l'une de la haute cour de Hambourg (Hanseatischen Oberlandsgericht), et l'autre de la haute cour de Cassation impériale (Reichsgericht). Il s'agissait de décider sur un conflit d'endossement (giroverhältnis) dans un procès dont ces deux cours avaient été successivement saisies. Une banque (girobank), s'était chargée de faire la caisse d'un de ses clients (girokunde), c'est-à-dire de faire ou de recevoir des paiements qui résultaient des différents rapports d'endossement ; en échange le client s'était obligé envers la banque à lui abandonner à titre de rémunération de ses services, les intérêts d'une certaine partie de son capital, ou à n'exiger sur cette partie que des intérêts réduits. Il fallait donc résoudre d'après les principes du droit commun, la question de savoir si la girobank, qui avait obtenu contre son client une créance autre que celle née de ces relations d'endossement (giroverhältnis), pouvait se payer de ses créances personnelles en les opposant en compensation au client (giroguthaben). Les deux cours n'ont pas admis dans l'espèce la possibilité de la compensation, mais elles ont mal justifié leur refus, quand elles ont considéré cette institution d'endossement, si importante au point de vue économique, comme un *depositum irregulare*. Elles auraient pu arriver au même résultat et refuser la compensation mais en justifiant que c'était un acte de perfidie et de mauvaise foi de la part de la girobank de prétendre, sans autorisation préalable, opposer au client qui ne l'a pas chargée

satire intitulée « Im juristischen Begriffshimmel. Ein Phantasiebild », tourné en ridicule la doctrine des notions et des autres manifestations du formalisme, il reconnaît sincèrement avec quelle difficulté il est arrivé lui-même à se débarrasser de cette direction. Voici comment il s'exprime à ce sujet dans son ouvrage (*Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, 1885, Wieder auf Erden. Wie soll es besser werden?* pages 337 et suiv.) : « Je dois avouer que je n'ai éprouvé aucun contentement non pas à l'étude du droit romain et de son développement académique, mais à la lecture de la littérature romaniste contemporaine ; les œuvres qu'elle produit ne me procurent aucun plaisir. Si j'étais encore jeune j'aurais choisi une autre spécialité... En face d'un aussi pauvre résultat du droit romain ne pouvait-on pas, par une autre conception, par exemple de nature législativo-politique et comparative obtenir des résultats beaucoup plus satisfaisants ? Qui pourrait le dire ? »

Pour un si sincère aveu la science doit une éternelle

de la caisse *sub hoc modo*, la compensation pour des créances personnelles.

En d'autres termes, les deux cours pouvaient arriver à la solution voulue sans réduire tous ces rapports d'endossement (*giroverhältnis*) à un *depositum irregulare*, sans « construire » ; ce faisant, elles auraient évité de donner un exemple dangereux pour la science juridique en introduisant de force dans des formes anciennes des manifestations nouvelles qui ne se ressemblent point, et en laissant de côté leurs particularités distinctives.

reconnaissance à Ihering, à ce grand savant qui a démontré l'infertilité de la science juridique sur les notions, et sa décadence même. Cette décadence était due à sa méthode « tout à fait malade » et « étrangère à la vie », dont le promoteur en Allemagne fut Savigny dans son œuvre : *Recht des Besitzes*, 1803, et qui est contenue dans la maxime du grand Leibniz (avant Savigny) : « Les mathématiciens opèrent avec les chiffres, le juriste avec des notions (1). »

Ces brèves observations nous amènent à reconnaître que la science juridique, comme toute autre science pratique, doit autoriser les recherches non seulement de ce qui est déterminé de *lege lata*, mais même de ce qui doit être déterminé de *lege ferenda*.

Dans ce but deux méthodes ont été proposées. L'une est la *méthode subjective* préconisée par quelques auteurs en France et en Allemagne (2). Ces auteurs sont revenus au droit naturel, considéré non comme tel qu'il était présenté autrefois, mais comme étant à contenu variable, ce qui permet à la doctrine de rechercher un droit idéal sur la même base subjective de justice humaine, et cela en tenant compte des nécessités de la vie et non d'une manière abstraite. Ainsi, on est revenu au droit naturel avec sa subjecti-

1. Voir Stölzel, *Schulung für die zivilistischen Praxis*, p. 11.

2. Saleilles. *Revue trimestrielle du droit civil*, 1902, 1^{er} fascicule; Stammler en Allemagne.

tivité concrète : « Ein naturrecht mit wechsellenden Inhalt. »

Une autre école toute nouvelle essaie de soutenir que la seule méthode acceptable est celle qui est basée non sur des éléments subjectifs — principes abstraits — mais sur des intérêts objectifs, c'est la *méthode réaliste*.

L'auteur qui a tracé le chemin à suivre dans cette voie est sans aucun doute *Stampe* dans son récent ouvrage : *Unsere Rechts und Begriffsbildung* (Construction du droit et de nos idées), 1907, et dans sa dissertation parue dans le *D. I. Z.*, 10, pages 417 et suivantes et 813 et suivantes.

Sa *Jurisprudence des intérêts* dans lequel il développe son programme est un travail d'une grande précision. Il y cherche à dégager les principes qui doivent servir au juge dans l'interprétation des lois, et s'il a eu le courage de montrer sans réserve les résultats obtenus, il a eu en même temps le mérite de faire preuve, dans son exposé, de beaucoup de réserve.

Dans cette même direction et applicable à la théorie de la représentation citons aussi l'ouvrage de M. Erzbach (assessor et privat-docent à Bonn) intitulé : *Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung entwickelt aus der Interessenlage*, Berlin, 1905, auquel nous avons fait de larges emprunts.

D'après ces auteurs, le droit ne contient de décisions que pour les conflits qui apparaissent le plus ordinai-

rement dans la vie, ce qu'on peut appeler « les conflits types d'intérêts ». Le juge avant d'appliquer la loi doit d'abord se convaincre qu'en réalité le conflit qui lui est soumis est identique à celui qui est envisagé par la loi. Il doit éviter avec le plus grand soin d'assimiler le cas dont il est saisi à une idée purement formelle, extérieure de la loi, ce qu'il est naturellement tenté de faire par une interprétation extensive, en forçant les termes et les principes, autrement dit il doit bien se garder de « construire ». C'est à la science juridique qu'incombe la charge d'examiner si les décisions déterminées par le droit positif donnent la meilleure solution aux conflits des intérêts, et si le droit est construit de manière à laisser leur libre développement aux pouvoirs moraux, artistiques, scientifiques et économiques du peuple ; c'est à elle de les signaler d'abord et ensuite de les soutenir.

« Si même la science juridique — dit M. Erzbach —
« se bornait à montrer quels sont les intérêts servis
« par les différentes institutions du droit au cours de
« leur développement, ce serait un grand progrès réalisé que cette découverte des pouvoirs internes du
« droit ; la science juridique à laquelle on reproche
« le désintéressement de la vie et la stérilité (à cause
« de son formalisme), acquerrait une importance extraor-

1. Dans les mêmes idées que Stampe, nous trouvons d'autres auteurs allemands : Ihering, Bulow, Bæhr, Max Rümelin, Meili Schlossmann, Heck et Ehrlich.

« dinaire et rien ne l'empêcherait de devenir ce qu'elle
« doit être, la science de la vie. »

La science juridique serait, alors, en état de rendre de réels services à la législation. Elle serait pour celle-ci ce que la pharmacologie est pour la médecine pratique. Elle rechercherait les effets des différents médicaments légaux; et le législateur ordonnerait ensuite quel médicament doit être administré à l'organisme de l'Etat et quand il doit l'être. Par exemple, il appartiendrait à la science juridique de signaler la nécessité de soutenir le capitalisme ou de l'affaiblir, de maintenir les entreprises existantes ou de les supprimer, de les encourager ou de les abandonner à leurs propres moyens.

C'est à cette tendance réaliste que songeait vraisemblablement Ihering, lorsqu'il disait que l'avenir appartient à la conception législativo-politique du droit.

Sans doute, il ne sera pas facile de marcher dans cette voie. Celui qui la suivra rencontrera beaucoup de difficultés comme cela se produit dans toutes les voies nouvelles. Mais plus ces difficultés seront nombreuses, plus il sera nécessaire de faire preuve d'énergie et de persévérance dans la défense de cette nouvelle théorie. Le but de notre travail est modeste; il consiste simplement à vulgariser une idée émise par d'autres. Nous laisserons à de plus compétents que nous le soin d'apporter au triomphe de notre cause le secours de leur intelligence et de leur science.

GÉNÉRALITÉS

La vie sociale est constituée par une coopération continue de ses membres, qui se manifeste dans les diverses branches de l'activité humaine, non seulement dans le domaine économique, mais aussi dans le domaine juridique.

Cette coopération est de plus en plus active dans les temps modernes. Si au début de l'humanité, elle était de faible importance — chaque individu se suffisant à ses intérêts — plus tard et par suite du développement même des sociétés elle prit une intensité de plus en plus grande. Il est reconnu de tous aujourd'hui que sauf dans des cas exceptionnels, la division du travail contribue à l'abondance de la production. Aussi cherche-t-on partout à donner à ce principe une application de plus en plus étendue parce que l'expérience a démontré qu'il contribue pour une large part au progrès industriel.

Or, ce qu'on a ressenti et observé dans l'activité économique, on a dû aussi le ressentir dans l'activité juridique.

De bonne heure, et surtout lorsque le commerce eut

pris un développement considérable, les individus se rendirent compte de la nécessité pour eux de conclure des actes juridiques par l'intermédiaire d'autres personnes. Il y avait des circonstances où la personne intéressée ne pouvait contracter personnellement. C'était soit une impossibilité de fait, par exemple une incapacité temporaire, l'état de minorité, soit une cause d'empêchement d'une autre nature ; par exemple une personne dirigeant une grande entreprise commerciale comportant des succursales dans d'autres villes se trouvait dans l'impossibilité de figurer personnellement dans toutes les affaires commerciales qui l'intéressaient et avait recours à des représentants. Aussi sentit-on la nécessité d'une « forme nouvelle de coopération dans le domaine » du droit » (1), pour suppléer, compléter ou multiplier l'activité juridique d'une personne, et cette forme nouvelle fut la possibilité d'agir par l'intermédiaire d'une autre personne, possibilité qui contient en germe l'idée de la représentation.

Cette idée a été, de tout temps, mal comprise par les juriconsultes, et l'on peut dire : tant d'auteurs, tant d'opinions. Il faut d'ailleurs reconnaître qu'il n'y a pas de notion plus flottante et plus vague que celle de la représentation. Actuellement, la représentation a pénétré dans la pratique, et cela malgré les empiétements successifs de la stipulation pour autrui, cette

1. Tartufari, *Della reprenzantanza nella conclusione dei contratti*, p. 2.

seconde branche des actes faits en faveur d'autrui qu'on confond régulièrement avec elle (1). A propos même de cette confusion, et afin de dissiper toute équivoque, il ne sera pas superflu de dégager en quelques mots, au début même de notre étude, la notion de la représentation, c'est-à-dire sa nature juridique et la place qu'elle occupe dans le domaine du droit.

I. — Tout d'abord la notion de la représentation ne peut se concevoir que dans la sphère du patrimoine et notamment en matière d'obligation. Il n'y a pas de représentation en matière de délits et de quasi-délits. La responsabilité du préposant du fait de ses préposés se justifie par la conception de sa faute à raison de son choix ou de son défaut de surveillance (2); d'autre part on ne peut pas concevoir la représentation dans les actes où l'on exige la présence réelle des parties, et cela à cause de la gravité même de ces actes qui sont d'ailleurs nombreux : testament, mariage, etc.

II. — Mais, même dans cette sphère restreinte à la matière des obligations la place de la représentation doit être nettement déterminée. Une personne peut être représentée à la suite d'un mandat ou d'une société,

1. Ces deux institutions diffèrent beaucoup, chacune occupant une place distincte dans le domaine du droit. Au cours de notre étude nous toucherons à plusieurs reprises aux différences essentielles qui existent entre elles et de cette façon nous nous rendrons compte du rôle que chacune d'elles occupe dans le domaine du droit.

2. Planiol, *op. cit.*, t. II, n° 911.

d'une tutelle dative ou enfin d'une gestion d'affaires, ou bien quand la représentation est nécessaire pour agir pour le compte de certaines personnes incapables d'agir elles-mêmes ; ainsi en est-il pour le tuteur légal, le curateur, l'administrateur public, le syndic d'une faillite, etc. Seulement là se borne la notion de la représentation, et quand on considère comme des représentants les créanciers qui exercent en vertu de l'article 1166 du Code civil les droits de leurs débiteurs, *le messenger, le nuntius (solus)*, qui n'ont d'autre rôle que de transmettre la volonté d'une autre personne dont elles sont seulement les instruments (1), on méconnaît complètement la notion de la représentation.

Tout d'abord, le droit que les créanciers ont d'exercer les actions de leur débiteur, quand celui-ci ne les exerce pas lui-même, en vertu de l'article 1166 du Code civil, n'est que la garantie et la sanction du droit de gage général qu'ils possèdent sur le patrimoine de leur débiteur (art. 2092 C. civ.) (2). Ceux qui en usent ne font que mettre en valeur un droit qui leur est propre, et c'est mal interpréter les choses que de considérer dans cette hypothèse les créanciers comme des représentants de leur débiteur. Il est vrai que dans le langage courant on emploie souvent cette expression, mais nous croyons qu'elle est inexacte, car nous ver-

1. Savigny, *Le droit des obligations*, II, § 57, p. 24 et suiv., considère ces personnes comme des représentants.

2. Planiol, *op. cit.*, vol. II, n° 280.

rons dans la suite qu'un des points caractéristiques de la représentation est justement le défaut complet d'intérêt personnel de la part de l'intermédiaire, représentant dans l'affaire. Or, dans l'hypothèse de l'action oblique les créanciers agissants ont un intérêt propre; ils ne sont donc point des représentants (1).

Le messenger (nuntius, solus) n'est qu'un individu qu'une personne adresse à une autre pour faire à cette dernière une communication. Cette personne est partie au contrat, et c'est son propre consentement qui fait naître l'acte juridique.

L'individu employé pour transmettre ce consentement n'est pas un représentant (2). En réalité le messenger et le représentant contractent pour le compte d'autrui; mais, tandis que le *messenger communique et déclare la volonté de celui pour le compte de qui il agit, le représentant déclare sa propre volonté*. Le représentant contracte, c'est lui qui veut pour le représenté, c'est sa propre volonté qui vient en contact avec la volonté du tiers et qui fait naître le contrat. En d'autres termes, la volonté du représentant se

1. D'ailleurs la différence est visible lorsqu'on se rend bien compte du rôle qu'occupe chacune de ces deux institutions dans la science du droit.

2. Girard, *Manuel élémentaire du dr. romain*, IV^e édition, p. 661, note 2; Ihering, *Gesammelte Aufsätze*, I, 1881, p. 122 et suiv.; Dernburg, I, § 117, n^o 3. *Contra*. Windscheid, *Lehrbuch des Pand.*, I, § 73, n^o 2.

substitue à celle du représenté, lequel participe ainsi réellement à la formation du contrat (1).

Ainsi comprise la nature juridique de la représentation, celle-ci se distingue parfaitement de l'autre institution qui présente avec elle des analogies, l'intervention du messenger. La volonté du messenger à la différence de celle du représentant n'a aucune influence directe sur la formation du contrat; le messenger n'est qu'un « phonographe vivant », dirait-on aujourd'hui (2). Sans doute il y a entre les deux situations des ressemblances. Ainsi de même que le contrat conclu par le représentant s'apprécie au moment où la volonté du représentant se rencontre avec celle du tiers contractant, de même dans le cas du messenger qui n'est que le porteur d'une offre, le contrat sera conclu au moment où l'offre sera acceptée par l'autre partie, et on ne voit pas, par conséquent, au point de vue de la formation du contrat de différence. Mais, où la différence apparaît tout de suite, c'est lorsqu'on se place au point de vue de la capacité respective du messenger et du représentant. « Le messenger, n'ayant qu'un rôle passif dans la « conclusion du contrat, peut être un individu frappé « d'une incapacité absolue de conclure lui-même. C'est « uniquement dans la personne de celui qui envoie le « messenger que l'on doit exiger la capacité nécessaire

1. Pilon, Thèse Caen, 1897, p. 46 et suiv.

2. Pilon, *op. cit.*, p. 181 et suiv.

« pour contracter », dit M. Pilon dans son ouvrage cité, page 185. *La représentation consiste dans la substitution complète et intentionnelle de la personnalité juridique du représentant à celle du représenté dans le but de conclure avec le tiers un acte pour le compte du représenté* (1). Donc la volonté du représentant fait naître l'acte, c'est le représentant qui veut pour le représenté; par conséquent c'est en sa personne qu'il faut apprécier les éléments essentiels pour la conclusion d'un contrat. Mais d'autre part, comme l'acte conclu par le représentant est destiné à produire des effets dans le patrimoine du représenté, il faut, d'une façon générale, que les conditions de capacité se retrouvent dans la personne du représenté.

Ce point de vue a été très judicieusement dégagé par M. A. Tissier dans sa note au Sirey (2): « Lorsqu'un

1. Pour plus de détails et surtout pour l'étude des divers systèmes en vigueur sur la nature juridique de la représentation on peut consulter l'important ouvrage de M. E. Pilon, déjà cité. Nous nous bornons à indiquer en passant le système que nous croyons le meilleur et qui dégage très bien le rôle du représentant dans l'acte conclu pour le compte du représenté, et le distingue nettement du rôle du messenger ou autres intermédiaires analogues qui servent uniquement d'instruments de transmission de volonté. Par conséquent, la doctrine enseignée par Mitteis (*Die Lehre von der Stellvertretung*, 1885, § 13, p. 109-126) et suivie par Tartufari (*op. cit.*, n° 441 et suiv.) selon laquelle dans la représentation les deux volontés, celle du représentant et celle du représenté, prennent part concurremment à la conclusion de l'acte, se trouve réfutée aussi.

2. Sirey, 1899.1.209.

« acte est passé par mandataire, les conditions de capa-
« cité doivent se rencontrer dans la personne du man-
« dant, et, tout ce qui est relatif à la déclaration de
« volonté, au consentement donné lors de l'acte, ne
« peut se constater que dans la personne du manda-
« taire. »

III. — Dans la théorie dominante du Code civil suivie et développée par beaucoup d'auteurs français anciens et modernes, il n'y aurait de représentation que lorsque le représentant agissant *au nom et pour le compte du représenté*, les effets du contrat se produisent directement et immédiatement dans le patrimoine du représenté. Article 1984: « Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant, et en son nom. » Ainsi s'il est vrai qu'au début on voit trois personnes: l'intéressé, l'intermédiaire et le tiers contractant, aussitôt l'acte conclu, la personne de l'intermédiaire disparaît comme un échafaudage, et il ne figure plus sur la scène que deux personnes, l'intéressé et le tiers contractant.

Donc d'après cette théorie, l'intermédiaire qui n'agit pas au nom de l'intéressé, qui met son nom dans l'affaire qu'il conclut pour le compte d'un autre, n'est pas un représentant. Quand même il agirait pour le compte de l'intéressé, les effets de l'opération se cristallisent dans sa personne, et c'est seulement par la cession à l'intéressé des actions acquises à la suite de l'opération

que celui-ci pourra profiter de la convention conclue pour son compte. En d'autres termes, dans cette théorie pour qu'il y ait représentation, il faut que l'intermédiaire agisse au nom et pour le compte du représenté et que les effets de l'acte conclu se produisent immédiatement et directement dans le patrimoine du représenté.

C'est sous l'influence de cette théorie que la majorité des auteurs distinguent deux sortes de mandats :

1° *Le mandat représentatif* qui suppose une procuration expresse permettant à l'intermédiaire d'agir au nom et pour le compte de l'intéressé. Ici l'intermédiaire est un représentant ; une fois l'acte accompli, son rôle est fini, et les effets de l'acte se produisent directement dans la personne du mandant vis-à-vis du tiers contractant.

2° *Le mandat non représentatif, le mandat prête-nom* dans lequel l'intermédiaire agit en son nom propre. Le contrat externe conclu entre lui et le tiers contractant ne produira d'effet qu'entre eux, et sera distinct du contrat interne existant entre l'intermédiaire prête-nom et l'intéressé (1).

Cette théorie qui paraît assez solide a été pourtant critiquée. Tout d'abord l'obligation d'agir au *nom et pour le compte du représenté* qui est formellement

1. V. Planiol, *op. cit.*, t. II, p. 698, éd. IV ; Guillouard, *Du mandat*, p. 323-324 ; Laurent, t. XXVII, n° 333 ; Aubry et Rau, t. IV, p. 634, § 410.

écrite dans le texte de l'article 1984 du Code civil ne ferait qu'introduire dans le droit actuel la possibilité d'un formalisme ridicule. M. E. Pilon, dans son ouvrage précité, a très bien démontré la valeur de ces mots. Le législateur a voulu tout simplement, que l'intention (qui est l'âme des conventions) de la part du représentant soit commune avec l'intention du tiers contractant (la *contemplatio domini*). En d'autres termes son but a été que les parties contractantes fassent voir clairement qu'elles veulent que l'acte conclu produise des effets directs et immédiats dans le patrimoine du représenté (1) ; or, le meilleur moyen d'exprimer cette idée était d'employer les expressions : « agir au nom et pour le compte d'un autre ». Ce qui revient à dire qu'il ne faut pas croire que le fait d'agir au nom et pour le compte du représenté soit de l'essence de la représentation. L'intermédiaire peut très bien agir en son nom, mais faire comprendre au tiers contractant que l'acte qu'il conclut est fait pour le compte d'un autre et qu'il veut que les effets de cet acte se produisent directement et immédiatement dans le patrimoine du représenté. Eh bien ! dans ce cas il y a représentation quand bien même l'intermédiaire aurait agi en son nom propre. Cette solution se justifie d'ailleurs facilement en théorie, car en matière d'obligations l'intention des parties est souveraine. C'est en premier lieu par la tradition ; il nous

1. V. Pilon, *op. cit.*, p. 72 et suiv.

suffira de citer dans le droit romain, l'acquisition de la possession par l'intermédiaire d'un autre (1) et les actions *adjectitiæ qualitatis* ; en second lieu par de nombreuses hypothèses que nous rencontrons dans notre droit moderne, par exemple la déclaration de command, l'assurance-accidents collective contractée par le patron au profit de ses ouvriers, pour des accidents qui n'engagent pas sa responsabilité civile dans les termes de l'article 1382 du Code civil, l'assurance au compte de qui appartiendra (2) ; toutes hypothèses où l'intermédiaire agit en son nom mais pour le compte des autres, qui sont des cas de représentation ; et, enfin, par la tendance marquée dans la jurisprudence de ne pas exiger que l'acte soit fait au nom du représenté pour qu'il y ait une véritable représentation, mais de se contenter comme nous l'avons dit de la *contemplatio domini* (3).

1. Dans le droit romain il n'était pas nécessaire que l'intermédiaire (dans l'acquisition de la possession pour autrui) qui n'était pas à proprement parler un représentant, eût déclaré son intention d'agir pour autrui ; il suffisait que le tradens eût connu, de n'importe quelle façon, son intention ; l'expression *meo nomine* ne veut pas dire *en mon nom* mais tout simplement *d. ns mon intérêt*, elle se réfère plutôt à l'intention du représentant qu'à la manifestation extérieure de cette intention. D. 32, § 2, de rec. 4, 8.

2. Ces hypothèses seront examinées plus tard.

3. *Tribunal de la Seine*, 9 octobre 1896 (S. 97.2.149). — Un commissaire-voiture fait enregistrer ses caisses d'échantillons ; au moment où le chariot passe sur la voie, l'une d'elles tombe et est broyée par le train. Le patron actionne la compagnie en réparation du préjudice ;

Un autre reproche qu'on adresse à la théorie dominante c'est qu'elle n'envisage la représentation que dans les effets directs et immédiats produits par le contrat conclu entre le tiers et le représenté, et qu'elle ne tient aucun compte du rôle vrai de la représentation, c'est-à-dire de son rôle économique. En nous inspirant de la nécessité de donner dans les relations juridiques satisfaction à la volonté des parties et aux intérêts en conflit, en considérant comme prépondérante la bonne foi et en écartant les injustices qu'on a introduites dans le droit par l'application des méthodes formalistes et constructives, nous nous croyons autorisé à soutenir qu'en

la compagnie oppose l'exception que l'enregistrement ayant été fait par le voyageur, lui seul a qualité d'agir ; le tribunal de la Seine dans ses considérants a décidé le contraire et juge que la compagnie est tenue directement envers le préposant lequel avait été représenté par son commis-voyageur au moment de l'enregistrement.

Cour de cassation, 1^{er} déc. 1896 (S. 97.1.189). — Une expédition de marchandises avait été faite par l'intermédiaire d'un commissionnaire. Une certaine quantité de ces marchandises étant arrivée en retard le destinataire les refuse. L'expéditeur attaque alors directement la compagnie en réparation du préjudice occasionné par le retard mis dans l'expédition. Mais la compagnie oppose, à titre d'exception, ce fait que le nom de l'expéditeur réel n'étant pas mentionné dans la lettre de voiture elle ne pouvait être liée directement envers lui. La Cour de Nancy confirma le jugement du Tribunal de Sedan qui condamnait la compagnie. La Cour de cassation rejeta, à son tour, le pourvoi et déclara que l'expéditeur réel pouvait agir directement contre le voiturier et que si la loi n'exigeait point de désignation dans la lettre de voiture c'est qu'elle supposait que sa qualité était dûment établie.

tenant compte de l'unité économique de l'acte conclu, du but et de la volonté des parties, il n'y a pas, lorsqu'on conserve secrète la qualité du représentant, comme par exemple dans le mandant du prête-nom, ou le cas du commissionnaire, deux contrats, comme on est porté généralement à le croire, mais un seul. Il en résulte que si l'acte conclu n'est pas représentatif à l'égard du tiers qui ignorait la qualité du représentant contractant, il l'est dans les relations entre le représentant et l'intéressé et ses ayants cause. Il en résulte aussi que les droits acquis, réels ou de créance, n'entreront pas dans le patrimoine du représentant, qu'ils iront directement et immédiatement au représenté, et qu'il n'est pas nécessaire, une fois l'acte conclu, d'une rétrocession de la part du représentant, puisque par la conclusion même de l'acte, et directement, les droits acquis dans la limite des rapports existants entre le représentant et le représenté tombent dans le patrimoine du représenté.

C'est de cette façon que nous comprenons la possibilité d'une *représentation réduite* ou *indirecte* à côté de la *représentation directe, immédiate* que nous avons expliquée plus haut.

IV. — En résumé, il y a représentation toutes les fois qu'une personne en vertu d'un rapport de représentation agit pour le compte d'une autre. Au point de vue des effets produits par l'acte conclu par le représentant, on distingue deux sortes de représentations :

la représentation directe ou immédiate, et la représentation réduite, indirecte, médiate.

La représentation *directe* ou *immédiate* est celle dans laquelle le représentant agit, soit au nom et pour le compte du représenté, soit en son nom mais avec la *contemplatio domini* (1) en vertu d'un mandat spécial, et dans laquelle les effets de l'acte conclu se produisent directement et immédiatement dans le patrimoine du représenté et cela à l'égard de tout le monde.

La représentation *réduite, médiate, indirecte*, est, au contraire, celle dans laquelle l'intermédiaire agit en son nom propre mais dans l'intérêt d'un autre. Comme le tiers contractant ignore sa qualité de représentant à son égard, l'acte ne peut produire que des effets indirects, tandis que dans les rapports entre le représentant et ses ayants cause et le représenté l'acte conclu produit des effets directs dans le patrimoine du représenté ; il y a rapport de représentation. En d'autres termes, cette deuxième représentation n'est que réduite dans les rapports entre l'intéressé et l'intermédiaire et leurs ayants cause sauf le tiers contractant ; c'est seulement à leur égard que l'acte conclu produit des effets directs dans le patrimoine du représenté ; à l'égard

1. Nous nous sommes expliqué plus haut à ce sujet ; cette expression signifie l'intention commune de la part de l'intermédiaire et du tiers de faire produire directement à l'acte ses effets dans le patrimoine du représenté.

du tiers contractant il ne produira que des effets indirects (1).

Par conséquent, il y aura représentation toutes les fois qu'il y aura rapport de représentation entre l'intermédiaire et l'intéressé (mandat, gestion d'affaires, etc.). C'est une condition nécessaire et suffisante.

Au point de vue des effets que produisent les actes conclus par l'intermédiaire, la représentation sera dénommée *directe* quand elle aura des effets directs à l'égard de tout le monde, *indirecte* quand elle aura des effets indirects à l'égard du tiers contractant mais réduits aux rapports entre l'intéressé et l'intermédiaire et leurs ayants cause, sauf le tiers contractant.

1. Voyez Schlossmann. *Die Lehre von der Stellvertretung insbesondere obligatorischen Verträgen*, 1902. Leipzig, vol. II, p. 296 et suiv.; J.-P. Chironi et L. Abelo. *Trattato di diritto civile italiano*. Torino, 1904, vol. I, pages 411 et suiv.

PREMIÈRE PARTIE

DROIT ROMAIN

CHAPITRE PREMIER

Généralités

D'après la définition de Justinien et de Paul (1), l'obligation n'étant qu'un rapport intime entre les volontés participant à la création d'un contrat et les effets que ce contrat produit, ne pouvait avoir d'effets qu'entre les parties contractantes, au profit exclusif du créancier et à la charge exclusive du débiteur.

En faveur d'un pareil système, on est fatalement amené à cette conclusion que les Romains n'ont pas pu concevoir l'idée qu'un lien juridique, formé entre deux personnes, puisse être opposé en dehors d'elles à un autre que le débiteur (2). C'est ce que fait ressortir dans son ouvrage Ortolan (3) : « Chacun doit

1. Inst. 3.13 de obl. pr.; D. 44.7, de o. de A. 3.

2. Voyez Girard. *Manuel élémentaire du dr. romain*, 4^e édit. p. 636.

3. Ortolan. *Hist. de la législation romaine*, 12^e édition, n° 162.

« intervenir et agir pour soi-même sur la scène juridique, car la conséquence des actes s'applique immédiatement à celui qui remplit le rôle. Ce sont des acteurs qui n'ont pas de doublure. » En d'autres termes, les Romains n'ont pas pu concevoir qu'un rapport de représentation existant dans le but de la conclusion d'un acte juridique puisse produire des effets directs dans la personne du représenté (4).

Les services que nous rend aujourd'hui la représentation paraissent par leur nature s'imposer, en partie tout au moins, comme une nécessité sociale. A Rome il y avait aussi, cela va de soi, des circonstances où l'homme se trouvait dans l'impossibilité absolue d'accomplir soi-même les divers actes juridiques, soit par suite de son éloignement, soit par suite d'une incapacité physique qui l'empêchaient de gérer lui-même ses affaires, et bien évidemment le droit avait donné satisfaction dans de telles situations aux exigences de la pratique. Celui qui se trouvait dans l'impossibilité matérielle de traiter lui-même ses affaires, avait recours à l'office d'un mandataire, mais celui-ci ne représentait

4. Accarias, *Précis de dr. romain*, t. II, n° 635; Zimmerman, *Die Lehre von der Stellvertretung negotiorum gestio*; Windscheid, *Lehrbuch des Pand.*, t. I, § 73; Mitteis, *Die Lehre von der Stellvertretung nach röm. Recht*, § 4, p. 162 et suiv.

Contra : Savigny, *Obligations*, t. II, p. 162 et suiv.; Hellman, *Die Stellvertretung in Recht geschäften*, p. 43 et suiv.; Ruhstrat, *Die Lehre von der Stellvertretung*, dans *Jahr. lshr.*, 1888, p. 460 et suiv.

pas directement le mandant envers le tiers contractant. Lorsque le mandataire aliénait, stipulait conformément à son mandat, les actes accomplis par lui n'avaient d'effets qu'en sa personne, et c'était lui qui devenait personnellement propriétaire, créancier ou débiteur, sous la réserve de la possibilité pour lui, plus tard, par un nouvel acte juridique, de faire passer le résultat actif ou passif de l'opération sur la tête du mandant. Le mandant avait à sa disposition l'*actio mandati directa* à l'aide de laquelle il pouvait obtenir la transmission des droits acquis pour lui; de son côté le mandataire avait l'*actio mandati contraria* pour obliger le mandant à le dégager des obligations qu'il avait dû contracter. Le tuteur, mandataire légal du pupille, était dans la même situation, et surtout lorsque ce pupille était un infans il agissait en son nom propre, sauf règlement ultérieur de compte par les actions *tutelæ directa et contraria*.

Ce système compliqué avait de grands inconvénients, si évidents même qu'on oublie parfois les avantages réels qui pouvaient en résulter. Ces avantages n'en existaient pourtant pas moins et il importe de les rappeler. D'une part, lorsqu'on est lié directement par une opération on est enclin à apporter beaucoup plus de vigilance à sa préparation. D'autre part, le tiers qui contracte avec un mandataire dont il ignore la qualité et qui agit en son nom, ne connaît que lui puisque le mandat ne produisait aucun effet à l'égard de lui, tiers

contractant. Il en résulte qu'il n'a à suivre que la foi de ce mandataire, et qu'il n'a pas besoin de se renseigner sur l'étendue parfois indécise de ses pouvoirs ou de s'informer, ce qui lui aurait été souvent difficile, de la solvabilité du mandant. Ces avantages sont si appréciables que le droit commercial actuel est revenu à l'idée romaine du mandat dans sa conception du contrat de commission.

L'ancien système romain peut donc se résumer dans les trois principes suivants :

1° Les personnes sous puissance (esclaves, fils de famille) pouvaient enrichir leur maître, indépendamment de la connaissance et de la volonté du père de famille, et indépendamment aussi des expressions employées par eux (1).

2° Ces personnes étaient incapables d'appauvrir leur maître ou de l'obliger, sans distinguer si elles agissaient avec ou sans son consentement.

3° Toutes les autres personnes (*liberæ*, *extraneæ personæ*) sont incapables de rendre un tiers, en le représentant dans les conventions obligatoires, créancier ou débiteur, et cela indépendamment de la volonté du tiers (2).

Ce système trop rigoureux, bon pour une civilisation primitive, offrait de grands inconvénients dans les

1. D. 62, de v. o. 45.1; D. 38.39.40.130, de v. o. 45.1.

2. D. 126.52, de v. o. 45.1.

matières commerciales ; il fut modifié dans le cours des temps sous la pression des nécessités pratiques.

Tout d'abord on avait admis à côté de l'ancien principe des exceptions proprement dites, sanctionnées par des actions prétoriennes (*actio exercitoria*, *institoria*, de *peculio*, *tributoria*, *quod jussu*, de *in rem verso*) (1). Puis on transforma le principe lui-même : *a*). On le restreignit d'abord aux contrats d'une certaine espèce, et en admettant l'acquisition par représentants « libres », des droits qui s'acquièrent sans formes solennelles (*quod naturaliter adquiritur*). Par exemple la possession n'étant point une forme d'acquisition, mais le droit de faire certains actes nécessaires à l'acquisition de la propriété, on formula la règle qu'elle pouvait être obtenue par des représentants « libres » (2). *b*). Enfin on avait reconnu la capacité des représentants « libres » pour d'autres opérations juridiques non solennelles, en distinguant expressément les actes solennels (civils) des actes non solennels (naturels) (3). Il en fut ainsi jusqu'à l'époque de Justinien. Dans le droit de Justinien l'ancien principe rigoureux subsiste bien pour les opérations juridiques solennelles, mais elle ne rencontre plus qu'un seul cas d'application, la stipulation. Dans celle-

1. Gaius, IV, §§ 70-74; Just., IV, 7, *quod cum eo*; Code, IV, 25 et 26.

2. Ce changement est signalé par un texte de Modestin, D. 53, de *adq. rer. dom.* 41.1.

3. V. Savigny. *Le droit des obligations*. Traduit par C. Girardin et Jozon, 1873, p. 194.

ci la représentation était impossible par l'intermédiaire d'un homme libre, elle était possible par l'intermédiaire d'un esclave ou d'une personne sous puissance, et encore seulement pour acquérir. Au contraire la représentation était admise d'une manière absolue dans les opérations juridiques non solennelles, aussi bien pour les acquisitions que pour les contrats ; tout dépendait de la volonté des personnes qui y figuraient.

L'idée qui se dégage de ces brèves observations est que la représentation romaine ne fut pas construite sur un plan unique, mais fut le résultat d'une lente évolution historique. On peut conclure de ce qui précède que le droit romain, — en tenant compte des anciens principes consacrés par la loi et des institutions nouvelles prétoriennes, — n'a connu que la représentation avec des effets indirects. C'est là un fait qui est admis par tous les auteurs.

Pourquoi, le droit romain n'a-t-il pas connu la représentation avec des effets directs ? Existait-il un principe, qui excluait la possibilité pour un contrat conclu par un représentant pour le compte du représenté, de produire des effets directs dans le patrimoine du représenté ?

Il est certain que le droit romain n'a pas connu la représentation directe, mais il ne faut pas en conclure, comme quelques auteurs le font, qu'il excluait en principe cette représentation, et que l'acte que le représentant faisait au nom et pour le compte de l'intéressé

était nul. Une pareille affirmation serait fausse (1). Nous basons notre opinion sur les deux motifs suivants : a) Tout d'abord les jurisconsultes romains nous parlent souvent de différentes relations de représentation, tutelle, mandat, gestion d'affaires et *cæteri qui pro aliis intervenire solent*, qui se rattachent toutes à l'idée de soins apportés par une personne aux intérêts d'une autre, idée qui n'est elle-même qu'un des éléments essentiels de la représentation directe ; b) ensuite, il n'y avait pas de cause intrinsèque, de motif dérivant de la notion de la représentation directe, pour que le droit romain exclue en principe la possibilité de la représentation avec des effets directs.

Quelles ont donc été les causes qui ont empêché l'introduction dans le droit romain d'une représentation directe ?

Différentes explications ont été tentées. *Laband* (2), *Unger* (3), *Dernburg* (4), nous affirment que la souveraineté de la volonté personnelle du citoyen romain dans le domaine du droit privé devait être la cause de cette exclusion. Comment la dignité du Romain s'opposait-elle à ce qu'il servit d'intermédiaire entre deux volontés différentes ? Si on adopte ce point de

1. Schlossmann, *op. cit.*

2. Laband. *Ztschr. für Handelsrecht* (*Journal du dr. commercial*), X, pp. 186 et suiv.

3. Unger. *Jahrb. f. Dogm.*, X, p. 1 et suiv.

4. Dernburg. *Pandekten*, I, § 119.

vue, n'était-il pas tout aussi contraire à sa dignité que dans un rapport de représentation, il conclût en sa qualité de représentant l'acte en son nom propre pour faire passer plus tard le bénéfice de l'opération sur la tête du représenté ? D'autre part est-il sérieux d'attacher tant d'importance à cette question de dignité à une époque où le peuple romain naissait à peine à la civilisation, quand on songe que ce peuple non seulement admettait l'esclavage, mais encore tolérait qu'un homme libre par l'institution du « nexum » pût mettre sa propre personne au service d'un de ses concitoyens ?

Gensler (1) soutient que la représentation directe est exclue dans le droit romain parce qu'on craignait que la possibilité d'acquérir ou de s'obliger par l'intermédiaire d'une autre personne n'entraînât des erreurs ou des incertitudes. Nous croyons que si les Romains se sont inspirés de cette considération, ils ont eu tort de repousser un principe juste pour des raisons de difficultés de preuves.

Buchka (2), soutient que l'exclusion de la représentation directe se justifie par le caractère personnel du rapport d'obligation. M. *Girard* (3) se prononce dans le même sens. Mais il faut remarquer que dans le droit romain la représentation était inadmissible non seulement en matière d'obligation mais aussi dans d'autres

1. *Gensler. Arch. f. civ. Prax.*, I p. 388, obs. 2.

2. *Buchka. Die Lehre von der Stellvertretung*, p. 1 et suiv.

3. *Girard, op. cit.*, p. 660, note 1.

catégories d'actes juridiques, et l'explication donnée par ces auteurs est insuffisante si l'on tient compte du fait qu'on excluait la possibilité des effets directs même dans l'acquisition par intermédiaire de la possession et des autres droits réels.

Dernburg (1) soutient que dans le droit romain chacun devait acquérir ou s'obliger personnellement. Cependant celui qui donnait un mandat strict ne concluait pas personnellement ses affaires.

Ihering (2) justifie cette exclusion par l'intérêt du représentant. Si l'acte conclu par le représentant avait produit des effets directs, le représentant n'aurait pas eu le moyen de se faire payer des avances et des dépenses qu'il avait faites en exécutant son mandat. Mais l'argument tombe lorsque le représentant a obtenu à l'avance du représenté des sommes suffisantes.

Enfin MM. *Cuq* (3) et *Mitteis* (4) justifient l'exclusion des effets directs par le formalisme qui présidait à la conclusion des obligations romaines. Mais, alors, comment expliquer que l'esclave pouvait acquérir pour son maître lorsque dans la « mancipatio » il ne pouvait pas dire : « hunc ego hominem meum esse aio », mais devait employer la formule suivante : « Titii, domini mei esse » ; en d'autres termes lorsqu'il devait

1. *Dernburg. Pand.*, I, p. 179.

2. *Ihering. Jahrb. f. Dogm.*, I, pp. 316 et suiv.

3. *Cuq. Inst. juridiques des Romains*, 1908, t. II, p. 334.

4. *Mitteis, op. cit.*, p. 13 et suiv.

montrer au tiers contractant qu'il n'agissait pas pour lui personnellement *peculiariter* ? Comment expliquer que le formalisme qui ne s'opposait pas à cette détermination s'y opposât lorsqu'une personne manifestait dans une stipulation sa qualité de représentant ?

Dans le droit public nous rencontrons fréquemment des cas de représentation avec effets directs :

a) Les magistrats romains représentaient la société romaine dans les affaires internes et externes : les ventes, les locations, etc., conclues par eux avec des particuliers liaient cette société envers les tiers contractants.

b) Le « *foedus* » et la « *sponsio* » conclus par les chefs d'armées avec les ennemis liaient l'Etat romain.

c) La « *deditio* » conclue par le magistrat romain soumettait le peuple vaincu au peuple romain.

d) Le « *votum* » fait par le magistrat obligeait l'Etat envers les dieux.

e) Le citoyen absent pouvait être représenté au « *census* » par un autre citoyen.

f) Le « *curialis* » qui avait obtenu sa dignité « *titulo honorario* » pouvait transmettre à une autre personne la charge d'accomplir ses obligations envers la société.

g) Dans certains cas on pouvait faire introduire une action criminelle par l'intermédiaire d'un autre.

De même dans le *droit privé* nous trouvons de nombreux cas de représentation avec effets directs. Citons entre autres les suivants :

a) Le paiement fait à un « procurator » (tuteur p. ex.) libérait le débiteur (1).

b) Le prêt contracté par un des associés obligeait la « societas » aussitôt qu'elle avait bénéficié de ce prêt.

c) La sommation adressée par un représentant du créancier mettait « in mora » son débiteur (3).

d) Le tuteur et le curateur pouvaient nover sous certaines conditions la créance de leur représenté (4).

e) Le prêt contracté par le représentant au nom du représenté, soit avec ses propres deniers, soit avec de l'argent procuré par le représenté donnait action directe au représenté.

f) La « solutio indebiti » faite au nom du représenté, donnait lieu à une « condictio indebiti » en faveur du représenté.

En présence de ces simples constatations nous ne pouvons que nous ranger à l'opinion défendue par M. Schlosmann (*op. cit.*), et décider que le droit romain n'a pas exclu en principe la représentation avec effets directs, que les explications de cette exclusion données par les auteurs précités sont ou inexactes ou insuffisantes, qu'enfin il faut reconnaître qu'il y avait d'autres causes qui ont empêché la possibilité qu'un rapport de représentation produise des effets directs.

1. Pour plus de détails voir Mommsen. *Röm. Statsrecht*, I, p. 194 et suiv. ; III, p. 340 et suiv.

2. D. 49 de solut., 46-3.

3. D. 24.2 in f. de usus, 22-1.

4. D. 13, 10 d.a.c.c. 46.4.

CHAPITRE II

Exposé des causes qui ont empêché en droit romain le développement de la représentation avec des effets directs. — Court aperçu sur l'évolution de la représentation romaine.

SECTION I

Ancien droit civil

A. — Dans les textes romains, la règle bien connue : « *Alteri stipulari nemo potest* » qui a eu sa répercussion jusqu'à nos jours dans l'article 1119 du Code civil était mise en corrélation avec une autre règle : « *Per liberam personam nihil nobis adquiri potest* » (1) ; et de cette corrélation il résultait qu'on ne pouvait point, à Rome, stipuler au profit d'autres personnes libres parce que « *nihil nobis adquiri potest* » (2). La règle : « *Alteri*

1. V. Schlossmann, *op. cit.* ; D. 4, § 17 de doli m. exc. 44.4.

2. Code I per. qu. pers. 4.27 et D. 126, § 2 de v. o. 45.1 qui nous démontrent l'inefficacité de la stipulation faite par un « *procurator* » au nom de son maître.

stipulari nemo potest » a une application générale dans le droit romain. Elle rend inefficaces toutes les stipulations conclues par des représentants agissant soit au nom du représenté, soit en leur nom personnel, mais en laissant découvrir que l'acte est conclu dans le but de produire des effets directement dans le patrimoine du représenté. Il importait peu qu'il existât entre le représentant et le représenté un rapport de représentation, un acte de donation, ou une ouverture de crédit (1).

Pourquoi, et dans quelles circonstances les Romains ont-ils introduit cette prohibition « per liberam personam nihil nobis adquiri potest » ?

Depuis très longtemps, peut-être même avant la fondation de Rome on rencontrait en Italie l'institution du « nexum », sans aucun doute le plus ancien des moyens de s'obliger et de contracter. Bien que nous ne possédions sur cette matière que des documents incertains, nous savons que l'effet de ce contrat « per aes et libram », qui avait au début pour objet un prêt d'argent (2) et qui se généralisa plus tard, était, et ceci résultait dans l'ancien droit d'une « damnatio regu-

1. La stipulation (contrat formel) ne peut avoir lieu qu'entre les personnes qui ont prononcé les paroles solennelles prévues par la loi (Gaius, III, 103), et le contrat ne peut produire d'effets qu'entre ces personnes. Toute dérogation à cette règle annule la convention. D. 38, § 17 de v. o. 45.1.

2. Girard, *op. cit.*, p. 477 et note 3.

lière », d'accorder au créancier après l'expiration du délai de l'exécution de l'obligation, le droit de procéder au bout de trente jours à la « legis actio per manus injectionem ». Faute de paiement ou d'intervention du « vindex » il avait le droit de conduire le débiteur dans sa prison domestique, et de l'y maintenir pendant un nouveau délai de soixante jours au bout duquel s'il n'était pas désintéressé il pouvait le tuer ou le vendre « trans Tiberim » (1). Il faut ajouter, que tant qu'il restait à la disposition du créancier, le nexus devait travailler pour lui comme un esclave (2) jusqu'à complet paiement.

Ce système très rigoureux à l'égard du débiteur s'adaptait à une civilisation primitive, mais il devint impopulaire lorsque la législation se fût adoucie, et dès la première moitié du v^e siècle une loi *Poetelia Papiria* y introduisit de profondes modifications. Cette loi n'abolit pas l'institution du nexum mais elle lui enleva sa force exécutoire contre la personne du débiteur. Le « nexum » continua à exister — c'est du moins ce que suppose Gaius — mais il ne tarda pas à tomber en désuétude. Les Romains auraient pu le supprimer complètement; ils ne le firent pas, mais pour empêcher que les citoyens, par des moyens détournés, ne continuassent à le maintenir, ils formulèrent la « regula juris »

1. Girard, *op. cit.*, p. 478.

2. Cuq, *op. cit.*, I, p. 117.

énergique et prohibitive « per liberam personam nihil nobis adquiri potest ».

On a soutenu que la règle avait le sens que Gaius (II, 95) lui donne : « et hoc est quod vulgo dicitur, per extraneam personam adquiri non posse » (1), qu'à son origine elle visait les « extraneam » non les « liberam » et qu'elle ne mettait pas en opposition l'acquisition faite par l'intermédiaire des « liberam ». Comme preuve on nous cite des exemples de personnes libres qui acquéraient pour d'autres (par exemple les filii familiæ, uxor in manu, liberum caput in causa Mancipi, bona fide serviens). Pourtant si nous considérons que dans quatorze fragments du Corpus Juris il est question d'acquisition « per liberam » et dans un seul seulement, celui de Gaius, d'acquisition « per extraneam », nous sommes bien obligé d'affirmer que tout au contraire au début la règle visait les « liberam », et que plus tard elle s'est modifiée pour prendre une forme plus scientifique et pour se conformer à l'état existant du droit du temps de Gaius. Sans cela nous serions obligé d'admettre qu'un principe bon au début aurait dégénéré pour une cause inexplicable.

Le principe « per liberam personam nihil nobis adquiri potest » avait été considéré par les Romains comme une « regula juris » dont le but était de prévenir la possibilité du retour au « nexum », mais il a eu comme

1. Pacchioni, *I contratti a favori di terzi*, p. 6 et suiv.

conséquence un autre principe : « *Alteri stipulari nemo potest* » qui, en règle générale, frappait de nullité, les actes accomplis par une personne libre pour le compte d'une autre personne libre.

Ce principe « *per liberam personam nihil nobis adquiri potest* » avait été créé dans le but que nous venons d'indiquer, mais il fut appliqué mécaniquement et aboutit à un résultat tout à fait différent. Lorsque l'intermédiaire agissait en vertu d'un mandat pour le compte du mandant, mais de sa propre volonté et avec des moyens fournis par le mandant, le droit ne passait pas directement sur la tête du représenté; il se fixait d'abord dans le patrimoine de l'intermédiaire, et ensuite celui-ci par une seconde opération distincte faisait passer le droit acquis dans le patrimoine du véritable intéressé. Voilà donc à quel résultat avait abouti l'application d'un principe créé pour une situation déterminée et qui fut étendu mécaniquement sans être bien compris à une situation tout à fait différente ! En effet, combien grande est la différence entre la situation d'un *nexus* » (*loco servi*), personne libre qui s'est mise à la discrétion du maître et dont la situation est presque celle de l'esclave, et celle d'une personne libre qui agit de sa propre volonté !

L'application mécanique de ce principe a eu également comme conséquence d'empêcher le développement d'autres institutions, par exemple la location du service libre. Finalement, les prêteurs se sont rendu

compte des inconvénients pratiques qui résultaient de l'application illogique de ce principe du droit civil, et ont cherché, en employant leurs moyens habituels, à satisfaire les différents intérêts qui étaient en conflit avec le droit civil. Aussi peut-on appliquer à cette règle la formule bien connue de Justinien: «Non omnium quæ a majoribus constituta sunt ratio reddi potest » (1).

L'application de cette règle avait empêché le développement des relations de représentation, développement qui exige une extension juridique de l'individu. Or, dans beaucoup de cas il était équitable d'admettre des effets directs. Comme le droit civil s'y opposait, il a fallu avoir recours à des moyens détournés. C'est de cette façon que s'explique l'intervention des prêteurs qui ont introduit de véritables exceptions aux principes consacrés par la loi (action institoria, exercitoria, de in rem verso, quod jussu, etc.), et ont été jusqu'à modifier le principe lui-même par l'admission dans une certaine limite de la possibilité d'agir par « procurator ». C'est ce qu'ils ont fait dans les contrats non solennels. Dans les contrats solennels — par exemple dans la stipulation — la chose était impossible, parce que seule la personne qui figurait dans le contrat, et prononçait les paroles solennelles s'obligeait. Lorsqu'au contraire c'était le procurator qui stipulait au nom de son mandant, le contrat était dépourvu de tous effets

1. D. 20 d. leg. 1. 3.

à l'égard du mandant en vertu de la règle : « *alteri stipulari nemo potest* » et à l'égard du procurator parce qu'il n'avait pas stipulé pour lui. Il faut considérer à ce sujet comme erronée l'explication donnée par le Code 26 d. j. d. 5.12, à savoir que l'inefficacité du contrat à l'égard du mandant s'explique par son manque de volonté « *nec sibi cessante voluntate* », car dans la stipulation on ne tient compte que des paroles prononcées et la volonté des parties n'a aucune influence sur le contrat. Au contraire, dans les contrats non formels, l'application de la règle : « *Per liberam personam nihil nobis adquiri potest* » est très atténuée ; le contrat conclu par le représentant pour le compte du représenté est en toute hypothèse valable et produit son effet régulier à l'égard du représentant, sans qu'il y ait lieu de rechercher s'il a agi en qualité de représentant ou « impersonaliter », le tiers n'ignorant pas sa qualité.

B. — De même que dans l'ancien droit civil on ne pouvait pas acquérir directement par l'intermédiaire de représentants libres, de même on ne pouvait non plus s'obliger directement par le fait de ces représentants. La cause de cette impossibilité n'est pas inhérente à la représentation, mais elle est toujours la conséquence de l'application mécanique d'une autre règle beaucoup plus générale que les précédentes parce qu'elle visait toutes les relations de représentation et les empêchait de produire les effets que désiraient les

parties contractantes et que commandait l'équité. Cette règle était la suivante: « *Conditio nostra per alterum deterior fieri non potest* (1). »

Elle est d'abord considérée par Justinien (2) comme une « *antiqua regula* » spéciale aux relations entre le maître et son esclave. Il est certain qu'au début cette règle n'était applicable qu'aux relations entre le maître et son esclave, mais plus tard et surtout depuis l'admission du travail libre, elle fut étendue et acquit un caractère de généralité que nous avons indiqué dans les fragments cités plus haut.

Cette règle exprime évidemment une « *naturalis ratio*. » En effet du moment qu'on veut donner au patrimoine d'une personne une protection exclusive, considérer ce patrimoine comme une sphère restreinte et le placer au-dessus des atteintes des autres volontés, rien n'est plus logique que cette règle, et c'est avec raison que Gaius la considère comme une « *naturalis ratio* » lorsqu'il s'exprime dans le Digeste, loi 38 de *neg. gest.* 3.5, dans les termes suivants: « *Naturalis enim, et civilis ratio suscit alienam conditionem meliorem quidem etiam ignorantis et invito nos facere posse, deterior rem non posse* ». Et tant que cette règle considérée

1. D. 38 de *neg. gest.* 3.5.; 3 § 4, *quod quisque* 1.2; 1. de *alien. ind. mut.* 4.7.; 49 de *proc.* 3.3. Dans un sens plus spécial: D. 91 de *r. e.* 50.17; 6. § 1 *quem ad, serv.* 8.6.; C. 6. *si ul. res.* 8.15; C. 6. de *reb. al.* 4.51; C. 8. 5. *ul. res.* 8.15.

2. C. 12. § 12 de *adqu. poss.* 7.32.

comme une « *naturalis ratio* » reçut une interprétation stricte et littérale et fut rigoureusement appliquée, l'on comprend très bien que, sans du reste que l'on se soit rendu un compte exact du but pour lequel elle avait été créée, elle ait abouti à entraver la formation de nombreuses relations juridiques. Sans doute du moment qu'il est juste qu'une personne ne puisse atteindre notre droit sans notre consentement et notre volonté, il semble aussi juste que nous puissions charger par notre propre volonté une autre personne de nous obliger ou de vendre pour nous un de nos biens, mais comme le droit civil par sa méthode de stricte interprétation ne tient pas compte de la situation réelle des choses et continue à se conduire d'après les seules apparences externes et non d'après l'intention des parties, il en résulta que le principe ancien, à savoir que le représenté ne peut être obligé par le représentant, continua de recevoir son application.

Toutefois avec l'évolution de la société vers le progrès l'équité devait recevoir satisfaction, et ce fut le prêteur qui, par ses moyens habituels, modifia le principe en y introduisant des exceptions véritables, les actions *adjectitiæ qualitatis*. Remarquons à ce sujet que le prêteur fit preuve de beaucoup plus d'audace en admettant la possibilité de s'obliger par intermédiaire et en créant les actions *adjectitiæ qualitatis* qu'en reconnaissant la possibilité d'acquérir par intermédiaire, car pour ce dernier cas il n'avait avancé que timide-

ment et par des moyens détournés, tels que « l'exceptio doli », la « nisi voluntate tua res tradita est », « l'actio utilis », etc.

Observation. — La règle « *conditio nostra per alterum deterius fieri non potest* » est l'expression de la véritable situation du droit telle que nous la trouvons dans Gaius (D. 38, de neg. g.) « *conditio nostra ignorantis et invito nos deterius fieri non posse* ».

SECTION II

Droit prétorien et impérial

Ainsi à l'époque du droit civil, chaque personne devait acquérir ou s'obliger personnellement. Les effets actifs ou passifs d'un acte conclu ne se réalisaient que dans la personne de leur auteur, de sorte que, si l'acte était conclu par l'office d'un intermédiaire, par exemple, si le tuteur, le negotiorum gestor ou le mandataire en général, acquéraient ou s'obligeaient pour le compte de leur pupille, maître ou mandant, c'était cet intermédiaire qui devenait propriétaire, créancier ou débiteur par l'effet des actes accomplis, et c'était seulement, plus tard à la suite d'une seconde opération que les effets juridiques de l'acte passaient dans le patrimoine du véritable intéressé. Le mandataire devait transmettre au mandant la propriété acquise pour son compte, céder les actions obtenues contre le débiteur, et demander à être garanti par le mandant envers le créancier.

C'était, on s'en rend compte, une série de complications qui résultaient de ces deux opérations nécessaires pour donner satisfaction à tous les intérêts en cause. Et pourtant ! ce n'étaient pas les seuls inconvénients de cette façon de procéder. Il y en avait un autre plus important encore, c'était le danger que courait le mandant de voir se produire avant la réalisation de la deuxième opération, l'insolvabilité du mandataire. Il en serait résulté pour lui une perte irréparable.

Ce système du droit civil n'était pas en harmonie avec l'équité et avec les progrès qu'avait réalisés la société romaine. Il n'était, nous l'avons déjà fait remarquer, que la conséquence de l'application mécanique d'un principe créé dans un autre but et qui ne tenait pas compte non plus de la satisfaction des intérêts pratiques. Aussi dut-il être modifié par le droit prétorien et impérial, mais cette modification s'effectua lentement « *adjuvendi, supplendi, corrigendi juris civilis gratia* ».

Dans le droit civil le représentant devait céder au créancier les actions obtenues à la suite de l'opération conclue pour son compte. Que fit le préteur ? Il considéra la cession comme déjà faite alors qu'elle ne l'était pas en réalité, et il en résulta que l'acte conclu par un intermédiaire devint suffisant pour faire naître une action directe dans les mains de l'intéressé contre le tiers contractant. Cependant une dernière réforme était nécessaire encore : il fallait libérer complètement l'intermédiaire des obligations contractées par lui pour

le compte du représenté. Ces normes constituent l'étude du droit prétorien.

A. — Tout d'abord pour rendre directement le représenté propriétaire par l'opération de son représentant, on lui avait donné une *actio utilis*. En voici une application :

Par la stipulation prétorienne de son représentant on accorde « *cognita causa* » une action utile au représenté : « *In omnibus prætoriiis stipulationibus hoc servandum est, ut, si procurator meus stipulatur, mihi causa cognita ex ea stipulatione actio competat* (1). »

Nous en rencontrons d'autres dans les cas de : « *cautio damni infecti* (2), *cautio judicatum solvi* (3), *stipulatio duplæ* (4), *cautio rem pupilli salvam fore* (5) ».

Le prêt, la vente, la location, contractés par le tuteur, curateur ou *negotiorum gestor*, font naître sous certaines conditions une « *actio utilis* » au profit de la personne au compte de laquelle ils contractent (6).

Pour les opérations conclues par l'intermédiaire d'un *institor* libre, le maître obtient une « *utilis actio* » « *si modo aliter rem suam servare non potest* » (lors-

1. D. 5 de stipul. prætor., 46,5.

2. D. 13.16 de damno infecti, 39,2.

3. D. 27.28 de proc., 3,3.

4. D. 22. pr. de evict., 21,2.

5. D. 2.4 rem. pup; 46,6.

6. C. 2.4. qu. ex. f. 5 39.; D. 79 d. v. o. 45,1 ; D. 2. qu. ex. f. 26,9 ; C. 26. d. R. c. 12,1.

qu'il ne peut pas obtenir pour certaines causes la cession des actions de la part de l'institutor).

B. — Le droit prétorien admet dans certains cas l'obligation directe de l'intéressé à la suite des opérations faites pour son compte par son représentant. Ce sont les cas des « *Actiones adjectitiæ qualitatis* » : « *actio exercitoria, institoria, quasi institoria, quod jussu et de in rem verso* ». Dans cette voie le préteur a été très courageux en accordant l'action directe au tiers contractant contre le maître, et cela même si l'obligation a été contractée par un substitué de son représentant. En d'autres termes il a donné une satisfaction suffisante aux besoins de la pratique en admettant l'existence d'une obligation directe du maître à la suite d'une représentation au second degré (1).

Son système était simple : il avait supprimé la seconde opération nécessaire dans le droit civil et décidé l'existence d'un rapport direct dans certaines hypothèses entre l'intéressé et le tiers contractant.

Mais cette seule modification n'aurait pas satisfait complètement la vraie tendance de la représentation. Souvent on se trouvait obligé d'agir au moyen d'intermédiaires incapables (mineurs ou esclaves), et à l'époque du droit civil cette situation n'aurait donné aucun résultat. Aussi le préteur aidé par la jurisprudence réalisa un nouveau progrès en décidant que le repré-

1. D. 1, § 9, qu. e. 15.4.

senté resterait obligé par les actes de ses représentants incapables (esclaves, institor incapable), sans que ceux-ci fussent tenus en rien. Bien plus le représenté restait tenu non seulement des obligations qui étaient la suite normale des opérations de son représentant, mais de celles qui pouvaient accidentellement survenir un jour (1).

C. — Enfin, comme l'affaire conclue par le représentant ne lui était pas personnelle, il était aussi équitable d'aller plus loin, de décider que les obligations nées de son action ne le regardaient pas, et de le décharger complètement dès l'accomplissement de l'acte. Le prêteur a réalisé aussi ce progrès, en mettant à la disposition de l'intermédiaire des exceptions de procédure contre les prétentions du tiers contractant. D'autre part, pour donner également satisfaction aux intérêts du tiers contractant et ne pas le laisser obligé à la fois envers le représentant et le représenté, il avait mis à sa disposition des exceptions de procédure pour paralyser les prétentions du représenté. Nous

1. D. 17 pr. d. inst. a. 14.3., rend responsable le maître par l'actio rédhibitoire ou actio stipulatio duplæ, lorsqu'il avait chargé un commis de faire une vente ou un achat pour son compte.

D. 1.4, § 1 de evict. 21.2. Lorsqu'un tuteur fait une vente au nom du pupille Papinien décide qu'en cas d'éviction l'acheteur a une actio utilis contre le pupille qui ne répondra que jusqu'à la concurrence de ce dont a profité son patrimoine à la suite de cette vente.

De même, D. 66, § 3 de evict. 21.2 ; 67 de proc. 3. 3.

trouvons de ceci un exemple dans l'hypothèse prévue par le texte suivant : D. 27, § 1 et 28 de proc. 3.3. On accorde au maître une actio utilis à la suite de la « stipulatio judicatum solvi » faite par son procurator et on refuse au procurator l'action née à son profit conformément au droit civil (D. 27, § 1. d. proc. 3.3.). Lorsque le procurator exerce l'action « invito domini » (sans le consentement du maître) il est repoussé par une exception.

En résumé, nous constatons que pendant toute l'évolution de la représentation romaine on a maintenu la même base, l'ancien principe du droit civil, mais que le droit prétorien complété par la jurisprudence et les constitutions impériales ont exercé en cette matière une grande influence, et apporté à ce principe des modifications profondes.

Nous voyons aussi que la représentation romaine dans la dernière étape du droit, se présente à nous sous une double face. Dans certains domaines on a maintenu en principe les anciennes règles du droit civil : « per liberam personam nihil nobis adquiri potest » et la « conditio nostra per alterum deterior fieri non potest », qui ont empêché le libre développement de cette institution. Toutefois même dans ces domaines les préteurs ont donné satisfaction dans une certaine mesure aux nécessités de la pratique en mettant à la disposition de la partie intéressée des exceptions pour garantir son droit dans le cas de poursuite judiciaire

dirigée contre lui. Dans d'autres domaines au contraire les préteurs ont innové en créant de nouveaux principes d'équité qui complétaient et modernisaient le droit civil. Et ainsi par leurs moyens d' « *adjuvendi, corrigendi, supplendi juris civilis gratia* » ils sont arrivés à satisfaire les exigences du progrès juridique.

CHAPITRE III

Analyse de la représentation romaine

Pour nous faire une conception exacte de la nature de la représentation romaine demandons-nous à quelles considérations obéissaient les juriconsultes romains dans les cas où ils admettaient la théorie des effets directs.

Dans divers passages du Corpus Juris nous voyons accorder l'action directe au représenté toutes les fois que le représentant agit en vertu d'un rapport de représentation. Par exemple on accorde l'« *actio utilis ad exemplum institoria* » au maître à la suite de la vente conclue par son représentant lorsque ce dernier en a été expressément chargé par le maître :

« Si procurator vendiderit... ex empto agi posse utili
« *actione ad exemplum institoriae actionis si modo rem*
« *vendendam mandavit* (1). » Voilà donc un premier cas où l'on tient compte de la relation existante entre le maître et son préposé pour accorder des effets directs.

En second lieu la vente conclue conformément à un

1. D. 13, § 25 de a. e. v. 19. 1.

mandat est la condition de l'exception : « Si non auctor meus ex voluntate tua vendidit » que le tiers contractant peut opposer pour défendre son droit résultant du contrat conclu par le mandataire (1). Le tiers contractant peut actionner par une des actions adjectitiæ qualitatis ; ces actions adjectitiæ qualitatis sont accordées toutes les fois que le mandataire agit dans les limites de son mandat (2) : « non autem ex omni causa prætor dat in exercitorem actionem, sed ejus rei nomine ejus ibi præpositus sit » (3)... « Si mutuam pecuniam accipere Demetriano Demetrianus mandavit, et hoc posse probari confidis, ad exemplum institutorii eundem Domitianum apud competentem judicem potes convenire (4). »

On tient aussi compte des relations de représentation d'une façon négative : « Item si institutor, eum oleum vendidisset anulum arræ nomine accepit neque eam reddat dominum institutoria teneri... nisi forte mandatum ei fuit præsentem pecunia vendere (5). »

D'autre part on déclare nulle la vente qui n'est pas faite conformément au mandat (6).

1. D. 14. de publ. i. v. actioni, 6.2.

2. D. 1, § 17 d. exerc. act. 14.1.

3. D. 5, § 9 de ind. act. 14.3 ; *eodem*, § 11 ; D. 5. d. exerc. act. 4.25. (Diocl. et Maxim.).

4. D. 1, § 13 d. exer. act. 14.1.

5. D. 6, § 15 de inst. act. 14.3.

6. D. 63. de contr. empt. 18.1.

On exclut aussi la possibilité d'une action exercitoire. lorsqu'on charge plusieurs magistrats d'agir collectivement, et qu'en fait ils agissent séparément (1).

Le représentant doit apporter une diligence parfaite dans l'accomplissement de son mandat. Il doit agir dans l'intérêt du mandant, car autrement celui-ci ne répond pas des obligations contractées par son intermédiaire. De même on refuse une action directe au tiers contractant lorsque le mandataire a agi dolosivement à l'égard du représenté. Par exemple, la loi 60, § 4 D. mand. 17. 1, qui traite du cas d'un mandat général accordé à un mandataire, nous montre ce mandataire capable de se mouvoir largement dans les limites prévues, mais ce texte décide en même temps que les actes frauduleux ou de mauvaise foi faits par le mandataire et de nature à nuire au mandant ne lient pas ce dernier.

Les aliénations contractées par un tuteur à l'égard du patrimoine du pupille sont opposables au mineur lorsqu'elles sont contractées « bona fide » mais elles ne lui sont pas opposables au cas de « mala fide » (2).

Par conséquent pour accorder une action directe, en droit romain, *on tient compte essentiellement de la relation de représentation existant entre l'intermédiaire et le représenté* et de cette considération que le mandataire s'est tenu dans les limites de son mandat.

1. D. 1, § 14 de inst. act. 14.1 ; 14, § 3 de inst. a. 14.3.

2. D. 12, § 1 de adm. tutor 26.7.

On a soutenu qu'une autre condition était nécessaire pour donner lieu à des effets directs. Cette condition c'est la « procuration », la preuve de la charge donnée par le mandant. Dans le droit romain, cette notion, ce que vulgairement on appelle aujourd'hui « procuration », avait été connue, mais dans les textes elle n'est pas citée comme un élément essentiel pour faire produire à une opération conclue par un mandataire des effets directs.

On a prétendu que l'expression « *mandatum* » était entendue par les Romains dans un double sens : tantôt dans le sens d'une charge, tantôt dans celui d'une « procuration ». Mais est-il possible de croire que les Romains s'exprimaient de la même façon, employant le même terme pour désigner deux idées différentes ? Ce n'est guère probable. En réalité, l'expression « *mandatum* » chez les Romains signifiait « charge », et pour exprimer cette charge donnée à quelqu'un on employait différentes expressions. D'une façon générale on se servait de « *mandatum* » lorsqu'on chargeait une personne d'accomplir une série déterminée d'affaires, et de « *jubere* » lorsqu'on limitait le mandat à une certaine affaire. Il n'y avait donc aucune expression permettant de traduire la « procuration ».

Selon la théorie dominante, la « procuration » est exigée dans toutes les relations de représentation pour faire naître des effets directs. On argumente sur le texte du Digeste 1.21 de *jus jurando sibi voluntario* 12.2 :

« Huic (sc. servo qui administratione habuit) enim solvi
« quoque recte potest et *novandæ obligationis jus*
« *habuit* » (1) ; et sur le texte du Code 16 de proc. 2.13.
« Procuratorem vel auctorem prædiis si non specia-
« liter distrahendi mandatum accepit, *jus rerum domi-*
« *nii vendendi*, non habere » (2). Dans ces passages
le mot « jus » n'est pas pris dans son sens habituel ; il
ne signifie pas un droit subjectif du représentant, il
exprime seulement cette idée que par l'accomplisse-
ment de l'affaire, le représentant ne fait aucun tort à
son représenté, que s'il est chargé de faire quelque
chose pour le compte de son représenté, c'est qu'il
peut le faire ou vulgairement qu'il a le droit de le faire.
Si la « procuration » avait été exigée comme condi-
tion essentielle de la représentation avec des effets
directs, alors comment harmoniser avec cette exigence
ces deux séries d'hypothèses que nous allons mainte-
nant examiner.

a) Tout d'abord il arrive dans certains cas que, le
représentant pour accomplir définitivement la charge
qu'il a acceptée, ne doit pas se borner à conclure une
seule affaire, mais doit en conclure une autre plus éloi-
gnée. La preuve, que dans cette hypothèse la relation

1. Traduction : « Car il a qualité pour recevoir les paiements et
changer la nature des obligations. »

2. Traduction : « Il est certain que le procurator ou le régisseur
d'un fonds n'a pas le droit de vendre les biens de son commettant,
sans un pouvoir spécial qui l'autorise à vendre. »

de représentation est suffisante pour donner lieu à des effets directs, résulte du texte de la loi 5, § 3. Dig. mand. 17.1. Lorsque je vous ai chargé à titre de procurator de vendre ma terre pour 10.000 sesterces et que vous la vendez pour 8.000, si je revendique cette terre entre les mains du possesseur, celui-ci ne pourra m'opposer l'exception « si non auctor meus ex voluntate tua vendidit », fondée sur ce que je vous ai chargé de la vendre, qu'en me fournissant ce qui manque au prix que je vous avais fixé et en m'indemnisant de tout ce que j'ai perdu à l'occasion de l'exécution de votre mandat dans lequel vous avez excédé les limites convenues (1).

Si réellement la « procuration » était un élément essentiel à la production des effets directs, il ne serait pas possible d'expliquer comment une opération conclue par le représentant, qui excède les limites de son mandat, ne peut devenir efficace, alors que par une opération ultérieure qui n'a aucune relation avec le mandat donné, les choses finissent par s'arranger conformément à la volonté du mandant. De ce fait, nous concluons qu'il est suffisant qu'une relation de représentation existe pour que l'acte conclu par le représentant en vue de cette relation produise des effets directs. Si la première opération de la part du mandataire n'a pas lié directement le mandant au tiers

1. D. 5, § 4 mand. ; D. 7, § 1 de curator per. 27.40.

contractant il suffit que le but final ait été accompli par un moyen quelconque pour que l'action directe ait lieu.

b) Lorsqu'un « magister navis » emprunte une somme d'argent dans le but de réparer son navire, il oblige l'armateur. Mais, si l'argent prêté a été utilisé dans l'intérêt exclusif du magister, il est certain que celui-ci ne pouvait pas exiger d'être libéré par l'armateur de son obligation contractée envers les tiers, et encore, nous croyons qu'en principe on doit refuser au tiers dans ce cas une action directe contre l'armateur. Le texte D. 7 proc. de exercitor act. 14.1, nous donne, il est vrai, une solution contraire, mais nous verrons plus loin de quelles considérations il s'inspire et pourquoi dans ce cas, contrairement aux principes, on accorde au tiers une action directe contre l'armateur. D'autre part, quand on entre dans le détail de la discussion qui s'est élevée entre les auteurs au sujet de ce texte, on peut se demander quelle dépendance logique existe entre la « procuration » donnée au « magister » autorisé à contracter un prêt pour le compte de l'exercitor et dans son intérêt et sa façon ultérieure d'agir. On comprend qu'on impose de pareilles obligations au représentant mais non au tiers contractant.

En résumé, lorsque nous soutenons que la notion de la « procuration » n'a pas été considérée, en droit romain, comme un élément essentiel pour faire naître des effets directs en matière de représentation, nous ne voulons

pas dire que la relation de représentation existant entre l'intermédiaire et son représenté, devait rester inconnue au tiers contractant. Le tiers devait agir avec ce représentant, magister, institor, etc., en connaissance de cause de la qualité de l'intermédiaire. Il devait savoir qu'il était en présence d'un représentant agissant pour le compte du représenté, et que ce dernier n'ignorait pas qu'il s'obligeait par les actes de son représentant. Nous croyons que Schlossmann lui-même (*op. cit.*), est de cet avis. N'est-ce pas la preuve de la vérité de l'affirmation faite par Lenel dans ses œuvres *Handeln im fremden Namen und die actiones adjectivae qualitatis*, pages 132, 133 et suivantes, et dans son *Edictum Perpetuum*, §§ 101 et 102, à savoir que tant que le tiers ignore la qualité du représentant, il ne peut pas être question de représentation avec effets directs?

Note. — Une observation est nécessaire pour compléter les développements qui précèdent. Nous allons à propos de l'explication de la loi 7 proc. de exercitor act. 14.1 du Digeste chercher à montrer pourquoi dans certains cas on avait accordé une action directe au tiers contractant contre le maître de son préposé à la suite de l'opération conclue par ce dernier malgré qu'elle ne fût pas conforme au mandat intervenu. Dans le droit romain la représentation n'a pas été créée en un jour; elle est le résultat d'une lente évolution qui s'explique par le désir de donner satisfaction aux divers intérêts en conflit. Dans le texte cité plus haut on devait sacri-

soit le tiers contractant, soit l'armateur. On a estimé que par le fait que le *magister navis* avait dépassé les limites de son mandat, le propriétaire du navire était en faute à raison de son mauvais choix, et que c'était lui, propriétaire, qu'il fallait sacrifier. On a été ainsi amené à accorder au tiers contractant une action directe contre lui. Cette solution se justifiait encore par cette considération qu'il était nécessaire de donner satisfaction aux intérêts commerciaux. Aussi n'avait-on pas hésité à l'adopter pour ce motif que : « *delictum ejusdem, quod in contrahendo admisserit, domino nocere debet* ».

CHAPITRE IV

Conclusion

La théorie dominante de la non-représentation romaine (1) se justifie aux yeux des jurisconsultes par l'incompatibilité qui existait entre la notion de la représentation, telle qu'elle est conçue aujourd'hui, et l'idée ancienne d'obligation. Le fait qu'il ne se produit que des effets indirects dans les actes accomplis par un mandataire s'explique par la coexistence de deux opérations, l'une qui a lieu entre le représentant et le tiers contractant et l'autre entre le représentant et le représenté. On serait tenté de conclure de ceci, qu'à Rome l'expérience de tant de siècles n'a servi qu'à conserver un système aussi peu pratique que possible qui ne donnait satisfaction à aucun des intérêts en présence. Or ce serait là une injuste accusation à l'encontre d'un peuple dont le génie juridique si merveilleusement développé a eu une répercussion profonde sur toutes les législations modernes, notamment dans la matière des obligations.

1. Mitteis, *op. cit.*

Les Romains ont tenu compte, dans le développement de leur droit sur la représentation dans les actes juridiques, des différents intérêts en conflit auxquels ils devaient donner satisfaction, et ont cherché par tous les moyens possibles à se débarrasser du rigorisme des anciens principes: « *per liberam personam nihil nobis adquiri potest* » et « *conditio nostra per alterum deterior fieri non potest* ». Ils se sont rendu compte que lorsque le représentant agit en vertu d'un mandat, l'affaire conclue ne concerne que le représenté, et que même lorsque les effets juridiques de l'acte se produisent dans la personne du représentant, on doit considérer le représenté comme le seul contractant.

Il suffit, pour se rendre compte que tels sont bien les résultats des opérations juridiques intervenues, de se reporter à un de nos exemples précédents dans lequel nous avons vu que lorsque l'intermédiaire est un incapable, le représenté est directement obligé envers le tiers. En outre pour la validité et l'étendue de cette obligation, on a toujours tenu compte non seulement de la personne du représentant mais aussi de celle au profit de laquelle l'affaire était conclue. N'est-ce pas dire qu'à la fin de l'évolution romaine, la représentation est bien différente de ce qu'elle était au début lorsqu'elle consistait en deux rapports distincts d'obligations et n'engendrait que des effets indirects ? Quelques exemples seront la preuve de la véracité de ces affirmations :

a) Lorsqu'une personne chargeait une autre personne de conclure une affaire pour son compte, alors qu'elle ne le pouvait pas personnellement par suite d'une prohibition légale, on avait décidé que le contrat serait nul alors même qu'il était permis au mandataire « *interposita persona* » (1).

b) Si quelqu'un faisait stipuler à son profit par une autre personne la « *cautio judici sisti* » sans adjoindre à l'acte une « *stipulatio pœnæ* » dont la conséquence était d'obliger le promettant, celui-ci ne répondait que jusqu'à concurrence de son intérêt : « *in id quanti interest sisti* ». Mais si cette stipulation était faite au profit d'un procurator, intermédiaire, agissant dans l'intérêt de son mandant, on devait, conformément aux principes du droit civil, tenir compte de l'intérêt de la personne du procurator qui stipulait. Toutefois une solution contraire nous est donnée par un texte du Digeste 81, § 1, d. v. o. 45. 1 (Ulpian), d'où il résulte qu'on ne tient pas compte de l'intérêt du procurator, qui agit en qualité de mandataire, mais de l'intérêt du mandant (2). On avait cherché à expliquer cette situation d'une autre manière. On disait que le principe était de tenir compte de l'intérêt du représentant, lequel se confond avec celui du représenté (3), ou encore que le représentant

1. D. 5 de auct. tut. 26.8; 46 de contr. compt. 18.1; 46, § 2 de jure fisci 49.14.

2. D.14 si quis caut.2.11 (Neuratius).

3. Comp. Windscheid, ed. Kipp. II, § 258, n° 19; Zimmermann, *Neue Archiv. f. Handelsrecht*, I, pp. 48 et suiv.

avait un intérêt dans ce qu'il était responsable de l'exécution du mandat (1). Ce sont là des explications forcées. La véritable explication et la seule juste est la suivante: le procurator, parce que le jus civile le lui impose, doit stipuler en son nom, mais quand il contracte dans l'intérêt de son mandant, l'action prend naissance dans la personne de ce dernier car c'est lui seul qui profite de l'opération, de même en cas de non exécution de la promesse le tiers contractant actionne directement le mandant en lui demandant des dommages-intérêts s'il y a lieu, car le mandant seul a intérêt et profite seul de l'opération conclue par le représentant.

c) Voici maintenant un exemple de droit prétorien.

Lorsqu'il y a lieu à l'action rédhibitoire ou à l'action empti dans le cas d'une vente contractée par un procurator pour le compte du maître, on aurait dû apprécier conformément au jus civile les conditions d'exercice de ces actions dans la personne du représentant. Ces actions auraient donc dû appartenir toujours au représentant lorsqu'il était de bonne foi, et ignorait les vices de la chose achetée, et lui être refusées dans le cas contraire. Le préteur tient compte de la relation de représentation existante, et dans le texte du D. 13 d. e. o. 18.1, il refuse l'action au représen-

1. Von Thur. *Eigenes und Fremdes Interesse bei Schadens. Ersag aus Verträgen* (in *Gründhuts Zeitschrift*), XXV, p. 551, n° 52.

tant de bonne foi, lorsque le représenté connaissait les vices de la chose, objet du contrat : « Sed si servo
« meo vel ei cui mandavero vendans sciens fugitivum
« illo ignorante me sciente, non teneri te exemplo
« verum est. »

Citons aussi dans le même sens : D. 51 princip. 1 de aed. 21.1 mais ce texte est en contradiction avec le paragraphe 1^{er} de la même loi ; dans le dernier passage on accorde au procurator de bonne foi, malgré que son maître connaissait les vices de la chose, objet du contrat, l'actio rédhibitoire. « Circa procuratores perso-
« nam, eum quidem ipse scierit morbosum viciosum
« esse, *non* dubitatum quin, quamvis ipse domino man-
« dati quem negotiorum gestor actioni sit obstrictus,
« nihilo magis eo nomine agere possit. At cum ipse igno-
« rans esse viciosum mandatu domine, qui it scierit,
« emerit et redhibitoria agat, ex persona domini uti-
« lem exceptionem ei non putabat opponendam ». On a cherché à donner différentes explications à ce texte contradictoire. On a prétendu que le mot « non » a été mis par erreur (1) ; c'est en effet, ce mot qui établit une contradiction flagrante avec les précédents textes que nous avons étudiés. Sans ce mot « non » qui figure dans le texte ci-dessus, les trois textes cités seraient en parfaite harmonie. Si le procurator est de mauvaise

1. Schlossmann, *op. cit.* ; Keller, *Der Römischer Civilpraxis*, § 35, n° 375.

foi, il ne peut pas actionner, mais s'il est de bonne foi et que le maître soit de mauvaise foi, il est équitable de donner au tiers actionné le droit d'opposer une exceptio « in factum » née « ex persona domini » à l'action du procurator.

DEUXIÈME PARTIE

DROIT MODERNE

CHAPITRE I

Généralités

Par un développement ultérieur des germes épars existant dans le droit de Justinien s'est élaborée la conception subtilement abstraite de la représentation moderne, de la vraie représentation avec effets directs,

L'ancien droit français a accompli ce progrès. L'idée de la représentation directe, complètement ignorée au XIII^e siècle commence à se faire jour au cours des XIV^e et XV^e siècles sous l'influence du droit canon (2), et la doctrine l'accueille définitivement au XVI^e siècle (3).

1. Beaumanoir. *Cout. de Beauvoisis*, 29, 5^e édition. Beugnot, p. 230.

2. Buchka. *Lehre von der Stellvertretung*, p. 121 et 158.

3. Ce développement historique de la conception d'une vraie représentation est indiqué avec de remarquables exemples à l'appui dans l'important ouvrage de Pertile, IV, § 150, note 7 et suiv. (Citation C. Vivante. *Traité de dr. com.*, traduction française, J. Escarra. Bibliothèque internationale de dr. privé et de dr. criminel, 1910, 1^{er} vol., p. 421, note).

A l'heure actuelle la représentation directe a pénétré bien avant dans la pratique, et est devenue indispensable dans certains actes juridiques. Elle consiste dans ce fait qu'une personne, le représentant, accomplit un acte juridique au nom et pour le compte d'une autre personne, le représenté, en vertu d'un rapport de représentation, de façon que l'acte juridique produise des effets directs et immédiats dans le patrimoine du représenté, la personne du représentant disparaissant aussitôt l'acte accompli, comme un échafaudage devenu inutile après la construction de l'édifice. Ce représentant agit ; c'est par sa propre volonté que l'acte juridique prend naissance, c'est sa personnalité juridique qui se substitue à celle du représenté dans le but de conclure avec le tiers un acte juridique pour le compte du représenté, et cela sans distinguer s'il agit au nom du représenté (lorsqu'il a reçu une autorisation expresse), ou s'il agit en son nom propre. L'essentiel est que les deux contractants, le représentant et le tiers, aient une intention commune, à savoir que l'acte soit conclu dans l'intérêt exclusif du représenté et dans le but qu'il en profite directement des résultats. Il faut donc, ou bien que nous trouvions dans le contrat cette « *contemplatio domini* » que nous avons d'ailleurs expliquée dans l'introduction de cet ouvrage, ou bien que le maître ratifie plus tard, comme par exemple dans la gestion d'affaires (1).

1. V. Capitant. *Introd. au cours de dr. civil*, p. 333

Cette représentation est nécessaire lorsqu'elle est donnée à un incapable ou à une personne juridique, qui ne peuvent agir sans l'aide d'une personne physique manifestant leur volonté. Elle peut être aussi volontaire ; il en sera ainsi lorsque le représenté trouve utile de se servir du représentant et de le faire figurer à sa place vis-à-vis des tiers avec tout le poids de sa responsabilité morale et pécuniaire.

Les effets directs de la représentation moderne s'expliquent par la raison même de son origine. Le représentant agit en vertu d'un rapport de représentation existant entre lui et son représenté, et c'est en vertu de ce rapport de représentation que le représentant est mis dans la nécessité juridique d'agir au nom et pour le compte de son représenté qui supporte seul les conséquences actives ou passives de l'acte accompli. Cette relation préexistante peut naître de rapports juridiques des plus variés, de rapports de famille (tutelle dative), du mandat de succession (ex. l'exécuteur testamentaire), de société, d'une décision judiciaire (administrateur légal, curateur, syndic d'une faillite, séquestre, etc.), ou enfin d'une gestion d'affaires (1).

1. Une courte digression sur la gestion d'affaire ne sera peut-être pas superflue. On pourrait croire que la gestion d'affaire ne constitue pas une relation de représentation préexistante qui oblige le représentant à agir pour le compte du représenté, mais en l'observant attentivement on s'aperçoit que cette relation de représentation existe en réalité. L'obligation morale d'aider son prochain, la « *Menschenhilfe* »

En étudiant toutes ces relations de représentation, qui ont pour objet de mettre le représentant dans la nécessité juridique d'agir au nom et au compte du représenté, on est arrivé à la conclusion juste et équitable que le représenté seul profite directement des résultats actifs obtenus par l'acte conclu, et que c'est toujours lui seul qui en supporte les résultats passifs (obligations, charges de toute nature) qui en découlent, le représentant restant indemne et son rôle s'effaçant aussitôt la conclusion de l'acte juridique.

La représentation, en général, ne constitue pas l'objet d'un contrat indépendant, mais est nécessairement un rapport accessoire qui a été adjoint au rapport préexistant et principal pour en accroître l'utilité.

Le contenu consiste dans la faculté de discuter et de

sauf des cas exceptionnels, d'après Kohler, (« Menschenhilfe in Privatrecht » dans *Ihering Jahrbücher f. Dogm.* XXV, p. 1 et suiv.), cette obligation morale qui en principe n'a aucune sanction juridique, produit exceptionnellement des effets juridiques, et est accompagnée d'une sanction lorsque les parties s'exécutent bénévolement ; et ainsi en généralisant, on peut décider que lorsqu'une personne agit volontairement pour une autre personne, dans l'intérêt et pour le profit exclusif de cette personne, quand bien même elle n'en aurait pas été chargée expressément, il faut lui reconnaître la possibilité de faire profiter immédiatement cette autre personne du résultat de son action aussitôt que celle-ci aura ratifié l'acte conclu par elle. Cette idée fut formulée dans le principe suivant la formule : « *ratihabitio mandato equiparatur* », et ainsi on est arrivé à considérer cette hypothèse comme un rapport de représentation qui prend naissance au moment même de l'accomplissement de l'acte conclu dans l'intérêt du maître.

conclure des affaires pour le compte du représenté. Maintenant quand on considère la façon dont les effets juridiques des actes conclus par le représentant touchent le patrimoine du représenté, on constate que la représentation en général, se présente sous une double face.

Lorsque le représentant agit d'une façon claire au nom de son représenté, ou tout au moins avec la « *contemplatio domini* », les effets des actes accomplis par lui au nom et pour le compte du représenté se produisent sans aucune difficulté directement dans le patrimoine du représenté, nous avons alors une *représentation directe, immédiate*.

Lorsque, au contraire, le représentant agit en son nom, parce qu'il n'est pas autorisé à agir au nom du représenté, et sans « *contemplatio domini* », mais qu'il a été convenu entre le représenté et lui que c'est dans l'intérêt du représenté qu'il va conclure, les actes par lui accomplis envisagés à l'égard du tiers contractant et de ses ayants cause produisent leurs effets dans le patrimoine du représenté indirectement, c'est-à-dire qu'ils passent à leurs yeux par le patrimoine du représentant. En d'autres termes, vis-à-vis du tiers contractant et de ses ayants cause, le représentant reste lié, mais comme cette représentation est indirecte à l'égard du tiers contractant, elle est en même temps réduite dans les rapports entre le représentant et le représenté et leurs ayants cause, à l'exception du tiers contrac-

tant, et il en résulte entre autres conséquences que les droits acquis par le représentant indirect tombent directement dans le patrimoine du représenté à son égard et à celui de ses ayants cause (1), tandis qu'à l'égard du tiers le représentant reste lié et doit être considéré comme le vrai contractant. Ainsi nous avons une seconde branche de la représentation, la *représentation réduite, indirecte, médiate* (2).

Dans la théorie dominante on ne connaît pas cette seconde branche, la représentation indirecte, car, dit-on, du moment que l'acte intervenu entre l'intermédiaire et le tiers contractant alors que ce dernier ignorait la qualité d'intermédiaire de la personne avec qui il contractait, ne produit d'effets qu'entre les parties contractantes, et que pour le tiers comme pour l'intermédiaire il n'y a qu'un seul et unique contrat, la transmission des droits faite plus tard ou bien le rapport existant entre l'intermédiaire et l'intéressé, ne sont aux

1. Ces effets sont importants au point de vue de la faillite du représentant indirect. Nous verrons plus tard que ces dires sont admis par la loi lorsqu'il s'agit de la faillite du commissionnaire commerçant.

2. L'existence de cette seconde branche de représentation paraît ne pas être exclue par *Unger (Osterr. Privatrecht, II, p. 135, note 32)* lorsqu'il dit : « Représenter est accomplir une action juridique au lieu d'un autre avec l'intention que l'acte produise son effet comme s'il avait été conclu avec la personne du représenté. » Le représentant qui agit à son nom et pour le compte et dans l'intérêt du représenté, a l'intention de faire produire à l'acte qu'il conclut des effets dans le patrimoine du représenté, seulement cette intention n'est pas partagée par le tiers contractant qui ignore la qualité de l'intermédiaire.

yeux du tiers contractant que des actes juridiques différents.

En appréciant ainsi la représentation, on donnerait une trop grande importance à la façon dont les effets de l'acte conclu se produisent, et on ne considérerait la représentation qu'en tant qu'elle fait passer toutes les conséquences actives et passives de l'affaire conclue par le représentant dans le patrimoine du représenté, sans tenir compte de l'origine réelle de l'acte qui a créé les effets au sujet duquel on discute. Nous croyons que lorsqu'on étudie un phénomène juridique on ne doit pas avoir seulement en vue la façon dont ses effets juridiques se produisent, mais que principalement dans le but de lui donner une qualification précise, on doit tenir compte de *l'origine* du phénomène. Ce point de vue a selon nous une importance capitale, car en nous attachant surtout à l'origine de l'acte qui a été conclu nous pouvons nous rendre un compte exact de ses vrais éléments constitutifs, et, par suite, expliquer ses effets juridiques, sans être sujet à des méprises.

Par conséquent, toutes les fois que le patrimoine d'une personne profite, soit directement, soit indirectement, des conséquences d'un acte juridique conclu par une autre personne qui agit en connaissance de cause, c'est-à-dire avec l'intention de faire profiter de ses actes l'autre patrimoine, nous sommes en face d'une *représentation* qui est *directe* ou *indirecte* selon la façon dont les effets se produisent dans le patrimoine

de l'intéressé, et ne constitue que deux branches d'un seul et même tronc.

Et en effet, toute institution juridique étant créée dans le but de satisfaire des intérêts, lorsque nous voyons une personne contracter pour le compte d'une autre en vertu d'un rapport de représentation (nous nous expliquerons plus tard à ce sujet), nous trouvons sur la scène juridique trois auteurs : l'intéressé, l'intermédiaire et le tiers contractant. Il y a nécessairement deux actes juridiques qui sont intervenus, un acte qui a eu lieu entre l'intermédiaire et le tiers contractant, et une opération préexistante ou tout au moins contemporaine (comme par exemple la gestion d'affaires), qui constitue le rapport de représentation, et qui est intervenue entre l'intermédiaire et l'intéressé. Considérer ces deux opérations comme indépendantes, ce serait scinder ou briser toute l'unité économique de l'acte conclu, méconnaître les intérêts réels et la bonne foi des parties contractantes. On introduirait dans la science du droit des procédés de raisonnement simplistes tout à fait inadmissibles qui rappelleraient l'ancienne méthode formaliste, aujourd'hui complètement abandonnée dans les recherches juridiques.

Nous pouvons conclure des développements qui précèdent que la théorie dominante commet une erreur capitale lorsqu'elle considère la représentation sans tenir compte de son véritable rôle économique, de la bonne foi et de l'intérêt des parties contractantes, qui

sont des éléments prépondérants dans les actes juridiques. Elle ne connaît que la représentation directe, immédiate, et ignore toute espèce de représentation indirecte. Mais alors, comment qualifier l'acte qu'une personne conclut en vertu d'un rapport de représentation, lorsque la personne intermédiaire ne dévoile pas au tiers sa qualité de représentant? Evidemment, il serait plus logique et plus équitable de rechercher laquelle de ces deux personnes profite en réalité du résultat de l'opération, ou plutôt de s'efforcer de découvrir pour le compte de qui l'acte a été conclu, et lorsqu'on aurait constaté que c'est une autre personne qui a profité de l'opération conclue pour son compte, en vertu d'un rapport de représentation existant entre l'intermédiaire agissant et l'intéressé bénéficiaire, de qualifier cette opération comme un acte de représentation. Car il faut apprécier la représentation dans le but de l'opération conclue et dans l'origine de cette opération, et si le but est visible lorsque l'intermédiaire accomplit l'acte pour le compte de l'intéressé, ou lorsqu'il agit au nom de l'intéressé, en vertu d'un pouvoir exprès, les effets de l'opération se produisant dans ce cas directement dans le patrimoine de l'intéressé, il en est autrement lorsque l'intermédiaire agit en son nom propre, ce qu'il peut faire pour des motifs différents ; le but est alors moins manifeste, et les effets de l'opération se produisent *indirectement* à l'égard du tiers, c'est-à-dire qu'à ses yeux ils passent

d'abord par le patrimoine du représentant. Car ces façons d'agir ne portent aucune atteinte au principe de la représentation; en d'autres termes elles ne constituent pas un élément essentiel de la représentation, elles n'ont d'influence que sur le résultat de l'acte conclu pour le compte du représenté, qui sera, selon le cas, plus ou moins rapide. Le seul et unique élément essentiel de la représentation, c'est l'agissement pour le compte du représenté, en vertu d'un rapport de représentation, qui consiste dans la substitution de la personnalité de l'intermédiaire agissant à celle de son représenté dans l'accomplissement de l'acte. Ainsi s'explique l'existence de ces deux branches de la représentation : la *représentation directe, immédiate* et la *représentation réduite, indirecte, médiate* que nous pouvons maintenant définir de la façon suivante :

La représentation directe, immédiate est celle où le représentant agit au nom et pour le compte du représenté, ou bien agit en son nom mais avec « *contemplatio domini* », en vertu d'un rapport de représentation, les effets de l'acte concluse produisant directement et immédiatement dans le patrimoine du représenté, et cela d'une façon générale, c'est-à-dire à l'égard de tout le monde, l'intermédiaire disparaissant aussitôt l'acte conclu.

La représentation réduite, indirecte, immédiate est celle où le représentant agissant en vertu d'un rapport de représentation interpose son nom dans l'opération

conclue dans l'intérêt du représenté, le tiers ignorant sa qualité de représentant, le représentant étant donc à son égard le vrai contractant, et les effets se produisant indirectement dans le patrimoine du représenté, tandis qu'à l'égard du représentant et du représenté et de leurs ayants cause, sauf le tiers contractant, l'acte conclu produit des effets directs dans le patrimoine du représenté.

En d'autres termes cette deuxième représentation est réduite dans les rapports entre l'intéressé et l'intermédiaire et leurs ayants cause sauf le tiers contractant (1).

Quelle est l'importance de cette distinction ?

Dans la représentation, nous sommes en présence de trois personnes, chacune ayant des intérêts distincts, et figurant sur la scène juridique avec un rôle différent. On comprend qu'il soit difficile de donner satisfaction à tous les intérêts en conflit. Les effets directs ou indirects que produit l'acte conclu par le représentant ne sont que des armes mises à la disposition des personnes intéressées pour obtenir satisfaction, et elles sont accordées dans une mesure plus ou moins large selon le point de vue où s'est placé le législateur, désireux, dans l'impossibilité où il se trouve de donner satisfaction à tous les intérêts à la fois, de réserver à certains d'entre eux une place de faveur. Un exemple éclaircira notre pensée : Supposons un acte conclu par un repré-

1. Schlossmann, *op. cit.*, et Chironi et Abello, *op. cit.*

sentant commerçant à la suite duquel il tombe en faillite. Lorsqu'on fait produire à cet acte des effets directs le résultat obtenu passera directement dans le patrimoine du représenté, et de cette façon aucun des intéressés, ni le représenté, ni le tiers contractant ne subira les conséquences de la faillite de l'intermédiaire. Au contraire si on ne fait produire à cet acte que des effets indirects, le tiers contractant subira la conséquence de l'insolvabilité du représentant, car à son égard l'acte ne regarde que le représentant, et c'est seulement avec ce représentant tombé en faillite qu'il a traité. On peut imaginer une hypothèse analogue pour le cas de la faillite du tiers contractant ou du représenté. Il est donc d'une importance capitale pour nous et en même temps d'un intérêt pratique de premier ordre de savoir si tel acte juridique qui nous est soumis, constitue un cas de représentation, et si cette représentation est directe ou indirecte.

Il résulte de ceci que l'admission de ces effets directs ou indirects dans les rapports de représentation ne constitue qu'un moyen mis par la science juridique à la disposition des parties intéressées pour obtenir satisfaction. Toute la question est, de savoir de quelle *norme* on devra tenir compte lorsqu'on est en présence de ces cas de conflit d'intérêts, pour pouvoir formuler un *critérium* permettant de distinguer d'une façon précise les cas de représentation directe de ceux de représentation indirecte.

Dans la recherche de ce *critérium* nous devons éviter de nous laisser influencer par des idées préconçues, car la science du droit est une science essentiellement pratique. Autrement dit, nous devons laisser de côté tout apriorisme ou formalisme et n'avoir en vue que le but final de l'acte, la satisfaction des intérêts des parties.

Dans une société organisée, la loi est la source de toutes les relations ou obligations qui s'établissent entre ses membres. Or, comme cette loi ne s'applique qu'aux sujets de droit capables de vouloir et de consentir librement, elle doit prendre en considération les manifestations de leur volonté, et en première ligne leur consentement qui est nécessaire à la formation des obligations les plus nombreuses dans notre droit, celles qui naissent des contrats. Il est bien évident que ces contrats n'ont pas une force obligatoire en tant que nécessités logiques et abstraites, mais en tant que nécessités économiques et sociales ; la science juridique n'envisageant que les sujets de droit, c'est-à-dire que ceux qui peuvent vouloir et consentir, ne tiendra compte que de leur volonté pour donner satisfaction aux différents rapports patrimoniaux.

Puisqu'il en est ainsi lorsqu'une personne conclut un acte juridique en qualité de représentant d'une autre, il est nécessaire pour que le contrat produise des effets directs dans le patrimoine du représenté, que le tiers agisse en connaissance de cause, c'est-à-dire qu'il

sache que la personne qui contracte n'est qu'un représentant et que l'opération est conclue pour le compte du représenté. Mais il se peut aussi qu'en même temps que la personne qui contracte en cachant sa qualité se lie personnellement par l'acte qu'elle conclut, une autre personne qui est restée étrangère à l'acte devienne créancière ou débitrice par l'effet de ce même contrat. C'est la conséquence qui résulte d'une conception plus avancée du droit. Elle n'était pas admise chez les Romains où, tout au moins dans les premiers temps les contrats ne liaient que les parties contractantes et cela d'une façon absolue (1), mais elle peut très bien se produire dans nos sociétés modernes (2).

1. « En réfléchissant, on reconnaît que l'idée romaine était la plus
« simple, la plus vraie, celle qui a dû la première s'offrir à l'esprit
« humain, et, en outre, qu'elle a été la suite nécessaire du formalisme
« qui caractérisait le droit primitif. Comment, l'auteur d'un acte ne
« serait pas le sujet actif ou passif des effets de cet acte ? Supposer
« étranger à l'acte celui qui le fait, et présent celui qui ne l'est pas
« c'est une fiction, l'inverse de la réalité, une subtilité, un raffinement
« contraire à la rudesse des premiers usages. Le formalisme entoure
« la volonté de formes qui la précisent. La volonté n'est efficace que
« si elle revêt la forme prescrite. Les formalités servent aussi à fixer
« les rapports entre personnes. La seule personne dont la volonté
« ait été régulièrement manifestée, la seule qui ait rempli les condi-
« tions légales du droit, la seule qui ait solennellement noué le con-
« trat avec une autre, c'est la personne qui a figuré dans la cérémo-
« nie de l'acte juridique. » (Voir Ortolan, *Traité de droit romain*,
12^e édit., t. III, appendice 9 de M. Labbé.)

2. Voir Planiol, 4^e, *op. cit.*, t. II, p. 698, note 2.

CHAPITRE II

Critérium de la distinction entre la représentation directe et la représentation indirecte.

SECTION I

Examen théorique de la représentation directe et de la représentation indirecte (réduite)

Pour être à même de procurer un « critérium » de la distinction entre la représentation directe et la représentation indirecte, nous allons tout d'abord examiner au point de vue théorique la représentation directe.

Une des sources les plus abondantes de la représentation directe est le mandat dont, selon l'opinion unanime des auteurs français, la représentation directe constituerait l'élément essentiel (1). Ces auteurs enseignent que la représentation directe est essentielle au

1. Voir Aubry et Rau, IV, § 371 *bis*, note 1, page 512 ; Laurent, XXVII, n° 333 ; Lyon-Caen et Renault, III, n° 520 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl. *Des contrats aléatoires du mandat, du cautionnement*, Paris, 1900, n°s 361, 363, 377 et suiv.

mandat. Ils invoquent comme argument le texte même de l'article 1984, du Code civil français : « Le mandat « ou procuration est un acte par lequel une personne « donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose « pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se « forme que par l'acceptation du mandataire. » Ces expressions indiquent nettement que la représentation directe est essentielle au mandat et constitue en même temps le caractère juridique qui le distingue du louage d'ouvrage.

Cette théorie qui identifie les deux conceptions de la représentation et du mandat et les considère comme les deux manifestations de la même idée, a fait l'objet de vives critiques (1) ; nous ne les examinerons pas. Pour nous, le contrat de mandat fait naître des rapports de représentation avec des effets directs ou avec des effets indirects, selon les circonstances ; un point est évident, c'est que le mandat, en général, constitue une relation de représentation, et en même temps une source abondante de représentation directe (2).

Laissant aussi de côté les critiques qu'on peut adresser à l'article 1984 du Code civil français, qui confond le mandat avec la procuration (3), nous constaterons

1 Pour les détails et surtout pour les théories allemandes contraires, voir M. Pilon, *op. cit.*, p. 281 et suiv.

2. Voir Schlossmann, *op. cit.*

3. Les deux notions sont tout à fait différentes. Le mandat est le contrat par lequel le représentant s'engage à exécuter une affaire pour

que, pour qu'il y ait lieu à la représentation avec des effets directs, représentation qui est d'ailleurs la seule connue par la théorie dominante, le texte déclare que le représentant ou mandataire doit agir *au nom et pour le compte* du représenté, le mandant, en vertu du pouvoir accordé par le mandant. Mais, nous avons observé plus haut, qu'il peut y avoir représentation, et même représentation directe, sans que l'intermédiaire ait reçu un mandat spécial, l'intermédiaire pouvant agir de sa propre initiative pour le compte de l'intéressé ; ainsi, en est-il dans l'hypothèse de la gestion d'affaire où le gérant d'affaire dévoile au tiers contractant sa qualité de représentant, puisqu'il agit au nom et pour le compte du maître, sans avoir reçu d'autorisation préalable de ce dernier, et où par ratification ultérieure du maître on aboutit au même résultat que s'il avait reçu un mandat en vertu du principe « *ratihabitio mandati æquiparatur* » (1).

I. — Le Code civil allemand de 1900 (§ 164, al. 1) exige les mêmes conditions que le Code civil français : « Une déclaration de volonté que quelqu'un dans les

le compte du représenté et la procuration n'est que l'instrument probatoire du pouvoir accordé au représentant, dans lequel le représenté exprime sa volonté d'être représenté. Voir Aubry et Rau, IV, § 410 et note 2, p. 634 ; Laurent, XXVII, n° 332 ; Baudry et Wahl, *op. cit.*, n° 361.

1. Nous avons expliqué plus haut cette relation de représentation voir page 75, note 1.

« limites du pouvoir de représentation lui appartenant,
« émet au nom du représenté, produit ses effets direc-
« tement pour et contre le représenté. »

Mais le Code civil italien, article 1737 (1), ne reproduit plus la phrase de l'article correspondant du Code français, selon lequel, comme nous l'avons vu, le mandataire doit agir au nom du mandant, et n'assimile pas non plus la procuration au mandat qu'il considère comme deux notions différentes. Bien plus, ce même code admet l'hypothèse d'un mandataire qui agit en son propre nom et acquiert pour lui-même les droits et les obligations dérivant de l'affaire ; ce qui n'empêche pas, cependant, certains auteurs de considérer ici encore la représentation comme essentielle au mandat (2).

Par conséquent, dans la théorie dominante, lorsqu'une personne agit au nom du représenté et dans les limites du pouvoir qu'elle a reçu de lui, ou bien lorsqu'en cas de gestion d'affaires survient la ratification ultérieure du maître, il y a création d'effets directs ; le représenté devient directement créancier ou débiteur

1. Art. 1737. — « Le mandat est un contrat en vertu duquel une
« personne s'oblige gratuitement ou moyennant une rétribution à
« accomplir une affaire pour le compte d'une autre personne qui l'en
« a chargée. »

2. Voir V. Chironi. *Instituz de diritto civ. ital.*, II, § 349 ; Vidari.
Corso di diritto commerciale, Milan, 4^e édit., nos 3403-3405 ; Caluci.
Il codice di commercio italiano, 2^e édit., art. 349, n° 31.

du tiers contractant. Il y a en un mot représentation directe. Au contraire, lorsque l'intermédiaire agit en son nom propre, mais pour le compte d'une autre personne intéressée, sans qu'il y ait lieu de distinguer si le tiers connaissait ou ignorait sa qualité d'intermédiaire, cette hypothèse, dans la théorie dominante, ne constitue pas un cas de représentation. Et si le véritable intéressé a profité directement de l'opération conclue par l'intermédiaire, alors il est tenu dans les limites du profit tiré par l'actio de in rem verso résultant d'un quasi-contrat. Mais il semble que dans une pareille hypothèse il serait préférable de considérer l'action, que le tiers obtient contre l'intéressé dans les limites du profit tiré, comme étant une action née d'un quasi-délit, l'enrichissement sans cause. Nous n'avons pas à nous en occuper, à moins que nous ne soyons en présence d'une hypothèse de représentation indirecte avec effets directs !

Ce qui est plus intéressant pour nous, c'est de chercher à définir dans quelle hypothèse nous nous trouvons lorsque le représentant se comporte de telle sorte qu'il ne montre pas au tiers contractant qu'il agit en qualité de représentant, et de nous demander si dans ce cas, en présence de l'article 1984 du Code civil fr., on peut soutenir qu'il s'agit de représentation. Le problème est d'une importance capitale, car les intérêts en conflit sont souvent considérables, et l'on doit s'efforcer de trouver le moyen de donner satisfaction sinon

à tous, tout au moins aux plus importants, en admettant l'existence dans ces cas d'effets directs.

Nous avons remarqué plus haut que dans la représentation l'intention des parties joue le rôle prépondérant, et qu'il n'y a pas à tenir compte de la façon dont se manifeste cette intention. De même qu'un sujet de droit peut manifester son intention clairement par la façon dont il se comporte dans l'acte qu'il accomplit, de même l'intermédiaire contractant peut la manifester par différents moyens. Il n'est pas absolument nécessaire qu'il agisse au nom du représenté ; il peut, tout en agissant en son nom, montrer d'une façon claire au tiers contractant, qu'il agit pour le compte du représenté et qu'il entend que les effets de l'acte se produisent directement dans le patrimoine du représenté. On explique cette solution par l'article 1984 du Code civil fr., et on arrive à cette conclusion que la représentation directe est possible, et existe même si le représentant agit en son propre nom, mais pour le compte du représenté ; c'est ainsi qu'on explique que tout mandat est représentatif (1).

Le représentant peut donc agir en son nom et pour le compte du représenté (souvent même il est obligé

1. L'agissement au nom du mandant exigé par l'article 1984 du Code civil consiste pour le représentant à montrer aux tiers qu'il a bien la qualité de mandataire. Le législateur se borne à énoncer la formule, mais il va de soi que l'intention de représentation peut se manifester sous les formes les plus diverses (Voir *Généralités*, page 25).

de le faire, ne pouvant donner le nom de l'intéressé, soit parce que le tiers n'a aucun intérêt à le connaître, comme par exemple, dans la déclaration de command, soit parce que cela est impossible, par exemple dans l'assurance maritime pour le compte de qui il appartient), l'affaire qu'il conclut ne le concerne pas et le tiers contractant n'ignore pas qu'elle est faite dans l'intérêt d'une autre personne ; en d'autres termes l'intermédiaire contractant et le tiers savent que les effets du contrat se produiront directement dans le patrimoine de l'intéressé. Eh bien, dans ce cas, quand on tient compte de l'intention seulement et non de la façon dont elle s'est manifestée, l'opération conclue par l'intermédiaire dans de pareilles conditions ne peut concerner que l'intéressé directement ; un rapport direct s'établit entre le tiers contractant et l'intéressé aussitôt la conclusion de l'acte, et nous nous trouvons en présence d'une hypothèse de véritable représentation avec effets directs. Admettre le contraire serait reconnaître à notre époque la possibilité d'un formalisme dangereux qui sûrement n'a pas été envisagé par les rédacteurs du Code civil (1).

II. — Le Code civil allemand paraît être dans nos vues, lorsqu'il dit dans le paragraphe 164, alinéa 2 : « Il n'y a aucune différence à faire suivant que la déclai-

1. Nous avons suffisamment prouvé ces affirmations dans les généralités de notre travail. Voir page 25.

« ration de volonté a eu lieu directement au nom du
« représenté ou qu'il résulte des circonstances qu'elle
« doit avoir lieu en son nom. » Ce qui pourrait résul-
ter de cet article, à en juger par sa rédaction, ce n'est
pas seulement le fait que le représentant agit dans
l'intérêt d'un autre, mais qu'il a voulu agir au nom de
cet autre. *Schlossmann* (1) a, cependant, interprété ce
texte d'une autre façon ; à ses yeux, du moment qu'on
admet la possibilité de manifester son intention (sa
déclaration de volonté) tacitement, en agissant ouver-
tement dans l'intérêt d'un autre, il suffirait, d'après
l'article cité, que le tiers ait connu le but final de celu
avec qui il traite pour que les effets du contrat se réa-
lisassent directement dans la personne du représenté.
« Quelle que soit la position que doive prendre la juris-
« prudence entre ces deux interprétations, dit notre
« très regretté maître *R. Saleilles* (2), ce qui est certain
« c'est que l'élément constitutif de la représentation
« directe, que ce soit le fait d'agir dans l'intérêt d'au-
« trui ou le fait d'avoir voulu en outre agir au nom
« d'autrui, doit, s'il se manifeste par voie de déclara-
« tion tacite, être apparent pour le tiers avec qui le
« contrat est passé. Il ne suffit pas, d'après l'article 164,
« que les circonstances puissent révéler après coup que

1. *Schlossmann. Vertretung...* page 148.

2. Notes sur l'article 164, al. 2, dans le Code civil allemand. Traduit
et publié par le Comité de législation étrangère, vol. I, 1904, page 203,
note 2.

« le représentant se présentait au nom d'autrui ; il faut
« que l'intention d'agir au nom d'autrui se manifeste
« à l'égard du tiers qui est en cause comme une déclara-
« tion qui lui soit adressée et dont le sens lui soit
« apparent. »

III. — L'article 164, alinéa 3, du Code civil allemand ajoute : « Si la volonté d'agir au nom d'autrui ne se
« laisse pas clairement reconnaître, il n'y a pas à pren-
« dre en considération le fait que l'on n'avait pas la
« volonté d'agir à son propre nom. » Cela veut dire que lorsque la déclaration de volonté du représentant ne laisse pas apparaître au tiers l'intention de contracter au nom d'autrui, le texte supprime toute idée d'annulabilité pour erreur sur le contenu de la déclaration, et que le représentant sera lié par le « contexte et la forme apparente de sa déclaration », pour employer les expressions de *Saleilles (op. cit.)* (1). Il résulterait donc de ce texte que le représentant dans ce cas serait personnellement lié par le contrat qu'il conclut. Mais l'article 164, alinéa 3, n'a-t-il pas voulu dire, en outre, que cette hypothèse doit être considérée comme un cas de représentation indirecte, en adoptant la conception de la théorie dominante, c'est-à-dire que même dans les rapports avec le représenté, les effets du contrat ne se réaliseront dans sa personne que par de nouvelles cessions et rétrocessions de la part du représentant sans

1. Notes, *op. cit.*, p. 204.

tenir compte du fait que le représentant agit pour le compte du représenté ?

Sur la réponse à cette question les opinions varient.

Eck (1) se plaçant dans l'hypothèse où le représentant qui a réalisé un achat pour le compte du représenté vient à mourir ou à tomber en faillite avant d'avoir rétrocédé ce qu'il a acquis à ce dernier, considère comme inadmissible que l'on fasse rentrer ces biens ainsi acquis dans la succession ou dans la masse de la faillite. » « On peut supposer, dit *Saleilles* (2), que ce caractère de représentation directe n'existe que dans les « rapports entre le représentant et le représenté, au « point de vue de l'acquisition des droits dérivant du « contrat, mais non dans les rapports entre le tiers et « le représenté en ce sens qu'il n'y aurait de l'un à « l'autre aucune action directe » (3); et ainsi considérer qu'on se trouve en présence d'un cas de ce que nous appelons représentation *réduite, indirecte*.

Cosack (4) va plus loin, et considère ce caractère de représentation directe comme se réalisant même dans les rapports entre le tiers et le représenté, dans ce sens que le tiers a une action à la fois contre le représentant et contre le représenté, ces deux personnes étant

1. *Eck. Sammlung von Verträgen*, p. 66.

2. *Notes, op. cit.*, p. 205, § 4, en résumant les idées émises par *Eck*.

3. Dans le même sens paraît être aussi *Zittelman. Das Recht des B. G. B. Allgemeines Tall*, p. 49.

4. *Cosack. Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, p. 217-218.

tenues solidairement à son égard. *Saleilles* fait observer (*op. cit.*) que ce serait donc là le point de contact entre les deux sortes de représentation que nous avons étudiées.

D'autres auteurs (1) se refusent à interpréter de cette façon l'article 164, alinéa 3, et excluent dans cette hypothèse toute possibilité d'effets directs, en l'assimilant à une représentation indirecte telle qu'elle est conçue par la théorie dominante. Mais *Saleilles* (*op. cit.*, p. 206), nous affirme qu'« il est peu probable que la pratique « accepte une telle rigueur de principes et cette intran-
« sigeance de raisonnement syllogistique ».

En admettant ce critérium de la distinction entre les deux sortes de représentation, nous allons examiner quelles sont les applications pratiques qui en ont été faites dans le droit français et dans le droit comparé. Nous commencerons par quelques observations sur la représentation directe pour réserver des développements plus abondants à l'étude pratique de la représentation indirecte.

SECTION II

Examen de quelques cas pratiques de représentation directe

Nous avons vu que l'effet de la représentation directe se produit alors même que le représentant agit en son

1. Planck. *Bürgerlichen Gesetzbuch*.

nom propre. Il suffit pour cela qu'il ait la « contemplatio domini », l'intention d'agir pour le compte d'un autre, et que cette intention soit partagée par le tiers contractant. Voyons si nos dires trouvent des applications pratiques dans le droit français :

1° *La vente avec déclaration de command* constitue sans aucun doute une hypothèse de représentation directe. C'est une vente conclue entre deux personnes avec la faculté pour l'acheteur d'être commandé, soit immédiatement, soit plus tard, ou d'élire ami, étant entendu qu'aussitôt que le commandé ou l'élu auront accepté l'opération, la vente deviendra parfaite pour eux et que ses effets remonteront au jour de l'acquisition (1). On s'est demandé quel est le caractère juridique de cette vente.

La plupart des auteurs considèrent la déclaration de command comme un acte mixte, tenant à la fois du mandat fictif et de la stipulation pour autrui (2). Une théorie ingénieuse mais peu juridique qui ne voit en elle qu'un procédé imaginé pour justifier la loi fiscale. La propriété de la chose vendue qui repose sur la tête de l'acheteur apparent jusqu'à la déclaration de command et son acceptation par le commandé, se trouve passer à ce moment sur la tête du commandé, et c'est par la stipulation pour autrui qu'on explique juridiquement dans cette théorie le mécanisme de l'opération. Et

1. Voir Troplong. *De la vente*, t. I, n° 54 et suiv.

2. Garnier. *Répert. général de l'enregistrement*, 5^e édit., n° 3877-78.

comme d'autre part l'enregistrement ne perçoit qu'un seul droit de mutation on fait intervenir aussi l'idée de mandat fictif.

En réalité la véritable explication juridique de cette situation est la représentation directe (1). Le commandé n'est qu'un représentant, car en qualité de mandataire il contracte avec le tiers; quoique agissant en son nom propre, il a l'intention d'agir pour un autre, il a la «*contemplatio domini*» (2); comme d'autre part, le vendeur partage avec lui cette intention, l'effet de la représentation directe se produit, et la chose vendue tombe directement et immédiatement dans le patrimoine du command.

2° *L'assurance-accidents collective* qui avant la loi du 9 avril 1898 était fréquemment contractée par le patron à l'occasion des accidents pouvant survenir à ses ouvriers et n'engageant pas sa responsabilité civile dans les termes de l'article 1382 Code civil (3). Le con-

1. Voir Pilon, *op. cit.*, p. 93 et suiv.

2. C'est l'expression employée par M. Pilon pour indiquer que les deux parties, le représentant et le tiers contractant, ont eu l'intention, lorsqu'elles ont conclu l'affaire, de lui faire produire des effets directs dans le patrimoine du représenté.

3. Dans la plupart des cas cette assurance collective était doublée par l'assurance-responsabilité par laquelle le patron se mettait à l'abri de la responsabilité qui pesait sur lui, en vertu de l'article 1382 du Code civil. Voir Sauzet, *Sit. des ouvriers dans l'assurance collective contre les accidents*, 1886, p. 395 et suiv.; Lambert, *Stipulation pour autrui*, 1893, Thèse, 286-321; Baudry, Wahl, *Du louage*, t. II, n°s 1341 et 1397.

trat d'assurance était fait au nom du patron collectivement au profit de tous ses ouvriers présents et à venir, et les primes d'assurance étaient payées par tous les ouvriers au moyen de retenues effectuées sur leurs salaires.

La question était de savoir qui était le créancier dans la police d'assurance, le patron qui contractait en son nom ou les ouvriers pour le compte de qui le contrat était conclu. Pour que le but de l'opération fût atteint il fallait que l'ouvrier eût, en cas d'accident, une action directe contre la compagnie, car si l'on admettait que le patron était le véritable créancier il était à craindre que les ouvriers fussent victimes d'une collusion entre lui et la compagnie, par suite de son refus d'actionner la compagnie. Les ouvriers avaient bien, il est vrai, dans ce cas d'après le droit commun, la ressource de l'article 1166 du Code civil, mais c'était là un bien faible remède dans le cas où le patron était tombé en faillite ou était décédé.

Les compagnies d'assurance étaient hostiles à cette action directe, et nous en avons la preuve dans ce fait que dans leurs polices, elles déclaraient presque toutes qu'elles n'entendaient se lier que vis-à-vis du patron(1). Néanmoins presque tous les auteurs, et c'était aussi la tendance dominante de la jurisprudence (D. 96.2.43 et

1. V. des exemples dans la thèse de Tarbouriech, 1889, et pour les raisons qui justifient cette attitude des compagnies, la note de M. Planiol, sous l'arrêt de Rouen du 15 janvier 1892 (D. 93.2.124).

S. 97.2.228 ; D. 97.2.273), s'efforçaient de donner à l'ouvrier l'action directe.

La jurisprudence se fondait pour arriver à son but sur la théorie de la gestion d'affaire. Le patron qui contractait l'assurance en son nom n'était qu'un gérant d'affaire, et sa gestion étant ratifiée par les ouvriers puisqu'ils consentaient à une retenue sur leur salaire pour le paiement des primes, il en résultait un cas de représentation directe. Cette représentation directe produisait les effets que nous connaissons et donnait à l'ouvrier représenté une action directe contre la compagnie.

La doctrine s'était montrée en général hostile à l'idée de la gestion d'affaire, aussi avait-elle cherché d'autres moyens pour donner une action directe à l'ouvrier. Les systèmes proposés étaient très variés (1). Nous n'en signalerons que quelques-uns, les plus importants.

a) M. Planiol (2) a soutenu l'idée d'une double obligation liant d'un côté la compagnie au patron et de l'autre le patron à l'ouvrier. Ce dernier n'avait une action directe que contre son assureur, le patron. Cette théorie du *patron assureur* était ainsi formulée par son auteur. Le patron « interpose sa personne, au point « de vue juridique entre eux (les ouvriers) et la compagnie ; il est lui-même un point de départ ou d'ar-

1. Voir M. Pilon, *op. cit.*, p. 101 et suiv.

2. Note Dal. 93. 121.

« rivée pour les obligations qui prennent naissance.
« On a donc tort de l'appeler un simple agent de trans-
« mission ; il a un rôle plus utile à jouer ; on pourrait
« comparer tout l'édifice à un pont en deux arches :
« le patron est la pile centrale sans laquelle tout
« s'écroulerait. » Cette conception savante a le tort
d'être en contradiction avec l'intention des parties. Le
patron en assurant ses ouvriers n'entend pas être tenu
personnellement de l'indemnité ; d'autre part ce sont
les ouvriers qui paient les primes, ils doivent avoir
droit à toute l'indemnité, et il n'est pas juste de leur
faire courir le risque de l'insolvabilité du patron.

b) On a voulu aussi expliquer l'action directe par la
stipulation pour autrui(1). Le patron stipule en son nom
de la compagnie qu'en cas d'accident celle-ci versera
une indemnité à autrui, autrui étant ici l'ouvrier. On
fait donc l'application à notre hypothèse de l'article 1121
du Code civil. On a fait à cette théorie deux reproches :
l'un que la personne du bénéficiaire est incertaine au
moment de la conclusion du contrat, parce qu'on assure
tous les ouvriers présents et à venir ; l'autre, plus inté-
ressante, que dans notre hypothèse les conditions néces-
saires pour la validité de la stipulation pour autrui ne
se trouvent pas réunies. En effet dans une stipulation
pour autrui nous sommes en face de trois personnes :
le stipulant, le promettant et le tiers contractant, et la

1. V. Lambert, Thèse 1892, p. 307 et suiv.

loi exige que, pour que cette stipulation puisse produire des effets, toutes ces personnes aient également un intérêt réel dans l'opération (1), tandis que dans le cas d'assurance-accidents collective, il y a une personne, le stipulant, ici le patron, qui n'a aucun intérêt réel dans le contrat. Or, comme dans la représentation directe, le représentant n'a jamais d'intérêt réel dans l'opération qu'il conclut pour le compte du représenté, nous sommes amené à dire que dans notre hypothèse le patron ne fait que prêter gratuitement ses bons offices en servant d'intermédiaire et en représentant ses ouvriers vis-à-vis de la compagnie, et que par suite s'il agit dans l'intérêt de ses ouvriers c'est en qualité de gérant d'affaire. D'ailleurs, il faut reconnaître que cette explication par la stipulation pour autrui est assez naturelle, étant donné la confusion constante que la doctrine fait entre cette institution et la représentation, la plupart des auteurs expliquant la nature juridique de la stipulation pour autrui par la gestion d'affaire qui engendre, nous le savons, un rapport de représentation.

Laissant de côté les autres théories (2) nous estimons

1. V. Bähr. *Iherings Jahrbücher*, vol. VI, p. 139 ; Zimmerman : *Die Lehre von der Stellvertretenden negotiorum gestio*, 1876, p. 8.

2. M. Thaller (*Annales du droit commercial*, 1890, p. 113, 120), assimile l'assurance collective accidents à celle contractée par un commissionnaire d'assurances maritimes pour le compte de qui appartient. Car de même que ce commissionnaire, le patron signe en cette

avec M. Pilon dans son *op. cit.* que la théorie de la Cour de cassation est la meilleure ; nous pensons que l'ouvrier a une action directe contre la compagnie parce que le patron n'est qu'un gérant d'affaires, et qu'en cette qualité il contracte l'assurance pour le compte de ses ouvriers.

On a adressé à cette théorie plusieurs reproches :

a) En premier lieu on a dit que le patron ne peut pas être considéré dans ce cas comme un gérant d'affaires, parce que le gérant d'affaires n'a pas le droit d'entreprendre des affaires nouvelles, et ne peut faire que des actes conservatoires. Mais il importe de remarquer que dans notre hypothèse le patron ne fait que conserver ; en assurant l'ouvrier il prévient et évite une perte, un appauvrissement, qui auraient été la conséquence de l'accident dont il serait victime et dont sa famille aurait supporté les effets.

b) En second lieu on a fait remarquer que dans la gestion d'affaire le gérant doit agir au nom du géré et que ce n'est pas le cas ici. Notre réponse sera la même que précédemment. Il suffit que l'intention d'agir pour autrui soit partagée par le tiers contractant (la contemplatio domini) pour qu'il y ait représentation. Or c'est bien ce qui se présente ici puisque la compagnie

qualité et ne nomme pas le commettant. Il semble qu'on puisse écarter ce système en observant que le patron assure le personnel présent et futur, de l'entreprise, ce qui le différencie entièrement du commissionnaire.

sait que les ouvriers sont assurés, que ce sont eux qui paient les primes.

3° *L'assurance pour le compte de qui appartiendra.* — Usitée en matière d'assurances terrestres et surtout employée dans le droit maritime, elle consiste dans l'assurance contractée par un *commissionnaire* parlant en son nom, mais dans l'intention d'en faire profiter celui qui au moment du sinistre sera propriétaire de la chose assurée et porteur du connaissement.

Bien que le commissionnaire s'assure en son nom, cette assurance constitue un *mandat* ou plutôt une *gestion d'affaire*. Les conditions de la gestion d'affaire se trouvent, en effet, remplies puisque l'assuré contracte sans y être obligé, dans l'intérêt d'autrui. Il est vrai que le maître de l'affaire n'est pas toujours actuellement connu, mais cela importe peu, car il n'est pas nécessaire que le gérant ait en vue telle ou telle personne. Nous sommes donc en présence d'une hypothèse de représentation. On a prétendu que cette théorie n'était pas applicable dans cette situation parce que le commissionnaire payait les primes, et on a mis en avant la théorie de la stipulation pour autrui (1).

Le système adopté par les auteurs (2) et par la Cour de cassation (3) consiste à dire que l'assurance pour le compte de qui il appartiendra crée un lien de droit

1. Tartufari, *op. cit.*, n° 318, p. 371.

2. V. Pilon, *op. cit.*, p. 117 et suiv.

3. Cass., 5 mars 1888 (S. 88.1.313; D. 88.1.317).

entre l'assureur et les propriétaires successifs de la chose assurée. Le commissionnaire qui traite avec la compagnie d'assurance a l'intention de reporter les effets du contrat sur autrui ; il a la *contemplatio domini*, il agit en qualité de représentant. C'est donc que nous sommes en présence d'un cas de représentation directe. Le commissionnaire est tenu, il est vrai, de payer les primes, mais il ne les paie pas de ses deniers ; il n'est qu'un intermédiaire, comme est le patron qui paie les primes pour ses ouvriers dans l'hypothèse précédente. Il ne peut pas être question de stipulation pour autrui parce que tout d'abord ce serait aller contre l'intention des parties, le commissionnaire agissant en qualité de représentant, et ensuite parce que le commissionnaire, le prétendu stipulant, n'a aucun intérêt propre dans l'assurance. Aussitôt le sinistre survenu et le propriétaire déclaré, son rôle de représentant disparaît comme un échafaudage.

4° Enfin, on remarque une tendance marquée dans la jurisprudence à ne pas exiger l'agissement au nom du représenté pour qu'il y ait représentation avec effets directs.

Nous avons cité et commenté deux arrêts dans ce sens dans les « généralités » au début de notre étude : page 26, note 3.

SECTION III

Résumé de la théorie de M. Schlossmann (1)

Conclusion

De ce rapide examen des cas d'application de la représentation directe, nous sommes naturellement amené à conclure que la représentation directe existe même dans les hypothèses où le représentant n'agit pas au nom de son représenté. Il est suffisant pour qu'elle existe qu'il dévoile au tiers contractant sa qualité de représentant, ou bien, suivant l'expression employée par M. Pilon (*op. cit.*), qu'il ait la *contemplatio domini*. Nous estimons, d'autre part, qu'il serait utile de remplacer l'interprétation rigoriste de la théorie dominante par une interprétation plus logique, et de considérer l'exigence de l'« agissement au nom d'autrui » comme étant plutôt un indice de manifestation de volonté qu'un élément essentiel de la représentation directe.

En résumé, les résultats obtenus par Schlossman, *op. cit.*, à la suite de l'étude logique qu'il a faite de notre institution, et au cours de laquelle il nous montre l'importance de l'« agissement au nom d'un autre », sont les suivants :

I. — En général la tendance de la représentation est que l'acte conclu par le représentant, produise ses

1. Schlossmann, *op. cit.*, t. II, p. 296 et suiv.

effets (juridiques et économiques) dans le patrimoine du représenté. Or, ces effets se produiront, soit directement, alors que la personne du représentant disparaît aux yeux du tiers et du représenté et leurs ayants cause aussitôt l'acte conclu, soit indirectement, lorsque le représentant reste lié envers le tiers contractant jusqu'à ce que le représenté le libère complètement des obligations nées de sa charge.

II. — La représentation (avec effets directs ou indirects) exige les conditions suivantes :

1° Il faut, d'abord une *relation de représentation* soit dictée par la volonté des parties (mandat, gestion, d'affaires), soit imposée par la loi (mandat légal, syndic, etc.).

2° Il faut que le représentant agisse avec l'intention d'accomplir un acte pour le compte d'un autre. Cette intention se manifeste soit par l'agissement au nom du représenté, soit par le fait que tout en agissant en son nom propre le représentant a la « *contemplatio domini* », *contemplatio* qui est partagée par le tiers contractant, soit, enfin, par le fait qu'il agit en son nom propre mais avec l'intention d'agir pour le compte d'un autre et que le tiers contractant ignore cette qualité.

3° Il faut que le représentant accomplisse sa mission conformément aux obligations imposées par la relation de représentation préexistante. Cela signifie que le représentant doit : a) Agir conformément au mandat qu'il a reçu volontairement ou qui lui est imposé par la loi; b) Se conformer d'une façon exacte à ce mandat.

III. — Sous certaines conditions il y a représentation alors même que quelques-unes des conditions précitées feraient défaut. Il en est ainsi :

1° Lorsqu'il n'existe pas en fait une relation de représentation, mais que le contractant croit, de bonne foi, qu'il en existe une.

2° Lorsque le représentant ne se conforme pas aux obligations imposées par le mandat. Dans ce cas l'opération peut devenir un cas de représentation par une confirmation ultérieure.

IV. — Les conditions indiquées ci-dessus constituent les éléments essentiels de la représentation.

Les effets produits dans le patrimoine du représenté par un acte conclu dans de pareilles conditions sont directs ou indirects selon les circonstances qui sont déterminées elles-mêmes par des considérations d'équité et d'opportunité. Le conflit d'intérêts est solutionné différemment par les diverses législations positives, selon les points de vue auxquels elles se sont placées pour donner satisfaction aux intérêts en présence.

Il résulte des explications qui précèdent, que l'agissement au nom du représenté ne figure point comme un élément essentiel de la représentation directe.

Quelques auteurs considèrent encore la « procuration » comme une condition essentielle de la représentation directe (1). La « procuration » n'est que l'écrit,

1. Demante et Colmet de Santerre, vol. VIII, 1884, n° 201 *bis*, p. 193. « La procuration en tant que pouvoir est surtout utile quand

la preuve, qui constate le pouvoir accordé au mandataire d'agir au nom et pour le compte du mandant, et qui est confondu avec le mandat lui-même dans l'article 1984 du Code civil. Dans ces conditions il est bien certain qu'elle ne peut constituer par elle-même une source d'effets directs, puisqu'elle n'est, répétons-le, que la forme claire pour une personne d'exprimer sa volonté d'agir pour une autre.

Pour nous rendre un compte exact de ce que nous venons d'affirmer, il nous suffira, croyons-nous, d'avoir recours à une comparaison. Imaginons une grande usine, qui voyons-nous ? Une machine à vapeur qui donne la force motrice et constitue le moteur essentiel, et une courroie de transmission qui sert à communiquer la force motrice. C'est le même mécanisme que nous retrouvons dans une opération de représentation. La pièce essentielle c'est la réunion de toutes les conditions que nous avons énumérées et examinées plus haut ; l'agissement au nom du représenté qu'on prouve le plus souvent par procuration, ne constitue qu'un moyen d'assurer la transmission directe des effets de l'acte. Et de même que dans l'appareil à vapeur on peut supprimer pour des raisons variées (raisons d'économie ou autres) les diverses courroies de transmission sans atteindre en rien la force motrice, de même dans une relation de représentation on peut supprimer la forme stricte et classi-

le mandataire doit représenter le mandant dans les rapports avec le tiers... »

que qui est l' « agissement au nom d'autrui » (exigée par la théorie dominante), et la remplacer par un autre moyen tout aussi clair et non moins efficace, et ainsi aboutir au même résultat, qui est d'obtenir des effets directs, sans porter atteinte à l'institution elle-même.

Enfin, pour compléter nos observations par un exemple concret, citons dans le sens de notre hypothèse, une décision de la jurisprudence française (Cour de Cass., 9 février 1848. D. 48.1.97), qui déclare que la connaissance acquise par celui qui a contracté avec un prête-nom de la qualité dans laquelle celui-ci agissait, ne permet pas d'attribuer à ce prête-nom vis-à-vis de la partie contractante un pouvoir de disposer plus étendu que celui appartenant à un mandataire, ce pouvoir devant prendre fin par la mort du mandant. Cet arrêt est une preuve de plus qu'on ne doit pas tenir compte dans ces questions de représentation de la façon dont l'intermédiaire se comporte envers le tiers contractant, mais de l'intention des parties contractantes, intention qui résulte des circonstances mêmes de l'acte. Dans la note au Dalloz sous l'arrêt précité nous constatons que cette doctrine a été très critiquée par des avocats éminents de l'époque : Vatimesnil, Duvergier, Pardessus, Piet, Duranton, Bonnier, etc. Nous notons aussi que cette décision accorde à la bonne foi toute l'importance qu'elle mérite et qu'elle a bien soin d'écarter la thèse de l'interprétation aprioristique.

CHAPITRE III

De la représentation indirecte (*réduite*)

SECTION I

Aperçu général de l'institution

Souvent, pour différents motifs, une personne veut cacher aux yeux du tiers contractant sa qualité de représenté (sans avoir d'ailleurs, l'intention de lui causer un préjudice), et se sert, à cet effet, d'un intermédiaire qui dans les actes qu'il conclura pour son propre compte avec le tiers contractant se comportera comme étant seul intéressé ; il agira en son nom et déguisera entièrement sa qualité de représentant. En d'autres termes, il y a des circonstances où le représenté ne veut pas, ou peut-être ne peut pas agir lui-même ou par mandataire, ou représentant direct ; il a recours alors à une autre personne qui agit en son nom, et laisse croire au tiers contractant qu'il entend être personnellement créancier, débiteur, ou propriétaire à la suite du contrat qu'il va conclure avec lui. Nous allons maintenant étudier ces catégories nouvelles d'intermédiaires

et nous chercherons à dégager de nos observations une théorie nouvelle que nous désirerions vulgariser, la théorie de la représentation réduite, indirecte.

Les motifs qui décident une personne à agir au moyen d'intermédiaires de cette catégorie peuvent être très variés. Citons quelques hypothèses pratiques qui sont susceptibles de se présenter :

1° Une personne vient s'installer dans une ville où elle n'a que peu de relations. Elle a l'intention de fonder une entreprise commerciale ou industrielle, mais comme elle a besoin d'une ouverture de crédit, elle s'adresse à un de ses amis qui habite la même ville et qui y est connu. Elle lui demande de lui servir d'intermédiaire, de sorte qu'elle va utiliser son crédit, et qu'elle en retirera tout le profit. Dans ce cas, l'ami dont il est question, interpose son nom et sa personne juridique en faveur de celui qui cherche à se procurer du crédit en vue de l'entreprise qu'il veut fonder, et les tiers contractants ignorent complètement sa qualité d'intermédiaire.

2° Une personne habitant une localité éloignée apprend qu'il y a possibilité pour elle de réaliser des bénéfices importants si elle traite une affaire qui a un caractère d'extrême urgence, et comme elle ne dispose pas du temps matériel pour envoyer une lettre d'autorisation ou un mandat exprès, elle charge par téléphone une personne habitant la localité où l'affaire se présente de contracter en son propre nom, c'est-à-dire d'inter-

poser sa personnalité juridique, quoique l'affaire soit conclue dans l'intérêt exclusif d'elle-même. Grâce à ce procédé très simple, il sera possible dans de pareilles circonstances à une personne d'arriver à son but en remplaçant la représentation directe par une nouvelle forme de représentation plus efficace.

3° Enfin, l'intéressé peut avoir des motifs personnels qui justifient la nécessité pour lui de cacher sa qualité de représenté.

Eh bien! dans tous ces cas la personne qui joue le rôle d'intermédiaire ne peut être considérée que comme un *représentant indirect*.

La théorie dominante et surtout les auteurs français qui écartent toute idée de représentation indirecte, solutionnent ces diverses hypothèses d'une façon très simple. Ils disent que celui qui interpose son nom et sa personnalité juridique se lie personnellement même s'il représente des intérêts qui ne lui sont pas propres. A leurs yeux du moment que la personne véritablement intéressée (pour le compte de qui l'intermédiaire agit), n'est pas désignée, le tiers ignore complètement sa qualité d'intermédiaire, et le contrat ne peut produire ses effets qu'entre les parties contractantes.

Il est bien évident que cette théorie apporte à la question une solution très juridique, mais en tenant compte de la nouvelle direction imprimée à la science du droit qui consiste dans la nécessité de donner dans les relations juridiques satisfaction à la volonté des

parties et *aux intérêts en conflit*, nous croyons être autorisé à croire que dans toutes les hypothèses où l'intermédiaire cache sa qualité aux yeux du tiers contractant, alors même qu'il interposerait son nom et sa personne juridique, il agit en vertu d'un rapport de représentation existant entre lui et le véritable intéressé. Il résulte de cette situation, d'après nous, que l'acte conclu n'est pas représentatif à l'égard du tiers contractant, mais qu'il l'est dans les relations entre le représentant et l'intéressé et leurs ayants cause à l'exception du tiers contractant (1). L'intermédiaire qui agit dans ces conditions reste lié par le contrat conclu envers le tiers contractant seul, tandis qu'à l'égard de ses autres ayants cause et de ceux de l'intéressé il n'est qu'un représentant de l'intéressé, l'acte passant directement dans le patrimoine de l'intéressé, et à leur égard toute cession ou rétrocession de la part de l'intermédiaire étant inutile. Et c'est ainsi que nous concevons l'idée d'une représentation réduite, représentation indirecte qui, ainsi que nous le verrons plus tard, produit des conséquences justes et équitables.

Recherchons maintenant si cette idée trouve son application dans le droit positif et dans la jurisprudence.

1. Nous nous sommes suffisamment expliqué plus haut à différentes reprises sur cette question.

SECTION II

Examen de quelques cas pratiques de représentation indirecte.

§ 1. — DROIT FRANÇAIS.

Dans le *mandat prête-nom* il y a entre le mandataire prête-nom et son mandant une relation identique à celle existant entre un mandataire et un mandant ordinaire (1), dans ce sens que le mandataire pourra exercer contre le mandant une action en indemnité pour les dépenses qu'il a faites, ou se faire payer le salaire convenu (2). De même les obligations réciproques sont les mêmes et le mandataire doit accomplir sa mission avec le même soin qu'un mandataire ordinaire, étant obligé comme lui de rendre compte à son mandant (3). Nous croyons qu'il faut encore reconnaître que dans leurs relations le *mandant est représenté par son mandataire prête-nom*, c'est-à-dire que les droits acquis par le mandataire prête-nom pour le compte du mandant passent directement dans le patrimoine du

1. Guillouard, *Contrats aléatoires et du mandat*, 1894, n° 21 ; Laurent, XXVIII, n° 76 ; Aubry et Rau, IV, p. 636, § 410 ; Troplong. *Du mandat*, n° 43.

2. Cass. req., 3 mai 1893, S. 97.1.487, D. 93.1.567 ; Cass., 8 mai 1872, S. 73.1.366 et D. 72.1.348.

3. Baudry-Lacantinerie, Wahl. *Contrats aléatoires*, n° 892.

mandant sans que le mandataire ait besoin d'opérer une cession ou un transfert de propriété, mais si cette acquisition directe est obtenue à l'égard de leurs ayants cause il faut en excepter le tiers contractant, car à ses yeux le mandataire prête-nom reste lié par le contrat conclu, ce qui constitue l'hypothèse d'une représentation réduite indirecte. Cette solution est d'ailleurs donnée en doctrine par M. Guillouard (1) qui tout en s'exprimant autrement aboutit au même résultat : « Nous
« pensons aussi que le tiers n'a pas une action directe
« et personnelle contre le maître à raison des engage-
« ments pris par le gérant et que l'action que le tiers
« peut exercer contre le maître dérive de l'article 1166
« et n'est autre que l'action du gérant lui-même. Nous
« admettons donc la première conséquence de la doc-
« trine, qui précède, déduite de l'article 1166, à savoir
« que si cette action a été éteinte, de quelque manière
« que ce soit, entre le gérant et le maître, le tiers ne
« peut plus exercer d'action contre celui-ci. Mais est-il
« vrai que, lorsque cette action existe encore, le tiers,
« qui l'exerce, soit tenu de subir le concours des autres
« créanciers du gérant et d'en partager avec eux, con-
« tributoirement, le bénéfice. Voilà ce que nous n'ac-
« cordons pas. Est-ce une contradiction de repousser
« cette seconde conséquence, après avoir admis la pre-

1. Guillouard, *Des contrats et oblig. conventionnels en gén*
t. VIII, n° 200.

« mière ? Non pas, suivant nous, et nous espérons pou-
« voir le démontrer : c'est, en effet, disons-nous, en
« vertu de l'article 1166, que le tiers peut agir contre
« le maître, pour exercer, du chef du gérant, l'action
« personnelle, qui appartient à celui-ci ; or, quelle est
« cette action ? et à quelles fins peut-elle conclure ?
« L'action du gérant contre le maître tend, d'après le
« texte même de l'article 1375, à ce que celui-ci l'in-
« demnise des engagements personnels qu'il a pris. Et
« de quelle manière cette indemnité doit-elle être prou-
« vée au gérant par le maître ? Nous venons de l'ex-
« pliquer, en lui procurant sa décharge, ou plus géné-
« ralement en lui procurant sécurité et l'assurance
« qu'il ne sera pas obligé de payer. Voilà l'objet de
« l'action du gérant contre le maître. Elle n'a pas pour
« objet le paiement même, par le maître du gérant,
« de la somme, que celui-ci s'est engagé personnelle-
« ment à payer au tiers. Non ! *la vérité est que le*
« *gérant n'est pas, en réalité, le vrai débiteur envers*
« *le tiers ; pas plus qu'il n'est, en réalité, le vrai*
« *créancier envers le maître. Le vrai débiteur c'est*
« *le maître ! et le vrai créancier c'est le tiers !* Et les
« conclusions, en effet, du gérant contre le maître doi-
« vent être celles-ci : que le maître soit condamné à
« payer au tiers la somme que le gérant s'est obligé à
« payer pour lui ; ce qui est la meilleure manière assu-
« rément de le rendre indemne. »

La même solution est donnée aussi par la jurispru-

dence car on considère que les objets acquis par le mandataire prête-nom, en agissant pour le compte du mandant, appartiennent exclusivement au mandant, et tout détournement de sa part constitue un abus de confiance (1). Pour la même raison le mandant peut, en prouvant sa propriété, les réclamer dans la faillite, ou la déconfiture du prête-nom et contre les créanciers de ce dernier (2).

En effet, il est facile de prévoir les solutions fâcheuses qui interviendraient si l'on considérait le mandataire prête-nom comme le seul contractant aux yeux de tous, et si l'on était amené à admettre ce que la théorie dominante entend par les effets indirects. Le maître serait obligé de recueillir les résultats de l'acte dans le patrimoine du prête-nom, ce qui présenterait pour lui les plus sérieux inconvénients ; d'abord, parce que, lorsque le prête-nom acquiert à la suite du contrat des biens pour le compte du maître, et que ces biens consistent en immeubles, il peut arriver qu'après avoir passé par le patrimoine du prête-nom, ces biens arrivent dans le patrimoine du maître, grevés d'hypothèques générales ayant pris naissance dans la personne du prête-nom ; ensuite en ce qui concerne les droits personnels, parce que le maître, créancier du prête-nom, devra subir le concours des autres créanciers de celui-ci, soit qu'il agisse contre lui, soit qu'il

1. Cass. crim., 18 nov. 1882 ; S., 84.1.299 ; D., 83.1.230.

2. Amsterdam, 30 mars 1888. *Journ. dr. intern.*, XV, 1888, p. 561.

exerce, en vertu de l'article 1166 du Code civil, son action contre le tiers, et que dans l'un et l'autre de ces cas il court les risques de l'insolvabilité du prête-nom. A un autre point de vue, en admettant que le prête-nom devienne débiteur du tiers contractant en agissant pour le compte du mandant, et en envisageant la situation du tiers contractant, il est certain que puisque le mandat prête-nom n'entend lier que le mandataire personnellement, le tiers ne pourra recouvrer ses créances qu'à l'encontre de son adversaire prête-nom, et n'aura pas d'action contre le maître, à moins d'exercer l'action en recours du prête-nom; en d'autres termes il n'aura pas d'action directe propre contre le maître et il subira le concours des autres créanciers du prête-nom quoique la dette du maître vis-à-vis de ce prête-nom soit, en réalité, destinée à le rembourser.

Cette injustice qui paraît résulter du système que nous venons d'exposer, a rencontré, surtout en ce qui concerne le droit personnel, d'éminents adversaires. Par exemple dans le cas d'action du prête-nom en remboursement des dettes contractées pour le compte du maître, on soutient que le tiers pourra exercer cette action à son profit exclusif en agissant directement contre le maître, et dans ce but, il suffira que le maître consente à éteindre la dette aussitôt après l'exécution du mandat, en se mettant à la place du prête-nom. S'il ne le faisait pas, le résultat obtenu par l'exercice de la part du tiers contractant de l'action oblique de l'article 1166

du Code civil tomberait dans le patrimoine du prête-nom et deviendrait le gage commun de tous ses créanciers, ce qui obligerait le tiers contractant à se contenter d'une quote-part en cas d'insolvabilité du prête-nom.

D'autres auteurs tiennent un autre raisonnement. Ils déclarent que lorsque le tiers contractant exerce l'action du prête-nom, cette action est préférable à celle qui appartient aux autres créanciers du prête-nom. Cette conception n'est d'ailleurs que l'application logique d'une autre théorie qu'ils proposent (1). Mais du moment que la loi n'a pas établi formellement dans ce cas un privilège de ce genre, et que c'est elle seule qui peut créer des privilèges, nous estimons que cette tentative doctrinale ne doit pas être admise.

Enfin, nous croyons que la seule et unique solution équitable, pour éviter les injustices que nous avons signalées, est de *considérer le mandataire prête-nom comme un représentant du maître même à l'égard du tiers*. Cette espèce de représentation aura le caractère d'indirecte, c'est-à-dire qu'elle produira ce que nous considérons comme des effets réduits, tant que le tiers ignorera la qualité de l'intermédiaire ; mais aussitôt

1. Labbé. « Des privilèges spéciaux sur les créances », *Revue critique de lég. et de jur.*, 1876, p. 571 et suiv., 665 et suiv. ; Belleydier. Des privilèges sur les créanciers. *Revue critique*, 1886, p. 425.

M. Labbé (*op. cit.*, n° 30, p. 679) admet un privilège spécial sur les créances au profit de celui qui a fait naître une action en recours contre un tiers en exerçant contre le débiteur sa propre action.

que le tiers apprendra que l'acte conclu a été fait en vertu d'un mandat, et que le but final de cet acte concerne le maître, qu'en un mot, son contractant était un mandataire (représentant), il ne sera aucunement nécessaire que ce dernier consente des concessions et des rétrocessions de droits en faveur du maître, et cela parce que dans cette hypothèse un rapport direct se sera établi entre le tiers contractant et le maître, la représentation ayant changé de caractère et étant devenue une véritable représentation avec effets directs.

Nous allons, pour appuyer notre thèse, consacrer quelques lignes à l'étude des rapports existants entre le tiers contractant et le maître intéressé, au point de vue actif et passif, après que le mandataire prête-nom a conclu le contrat dans l'intérêt du maître.

A. — Normalement les droits qui résultent du contrat conclu par un mandataire prête-nom passent directement dans le patrimoine du maître, le véritable intéressé. En effet, la personne du créancier — une fois le quantum de la dette fixé — devient entièrement indifférente au débiteur aussitôt que ce dernier a appris que la personne avec qui il a contracté était un mandataire prête-nom (on emploie aussi le mot de remplaçant) et que les droits acquis par ce mandataire concernaient exclusivement une autre personne (1).

1 Cette idée nous paraît très soutenable. Il est facile de voir que la personne du créancier peut être X ou Y indifféremment, sans que l'étendue de l'obligation du débiteur s'en trouve modifiée en quoi que

Le maître est resté étranger au contrat intervenu entre son intermédiaire prête-nom et le tiers contractant, mais comme nous soutenons que les effets actifs qui résultent de la conclusion de ce contrat se produisent directement dans son patrimoine, nous devons nous demander s'il n'est pas nécessaire d'accomplir certaines formalités pour rendre opposable au tiers contractant l'acquisition du maître. La théorie dominante estime qu'il doit en être ainsi en invoquant l'article 1690 du Code civil, qui suppose une *cession* de droits de la part de l'intermédiaire au profit du maître, et c'est même par cette cession qu'elle justifie l'acquisition du maître.

A notre avis (1) il n'est besoin d'aucune formalité pour que le maître devienne, même à l'égard du tiers contractant, le seul créancier et le seul propriétaire ; et cela toutes les fois, répétons-le, que le tiers aura appris l'existence du mandat et connaîtra le but final de l'opération (2).

Citons dans ce sens des arrêts de jurisprudence qui justifient nos dires.

Le débiteur d'une certaine somme (10.000 fr.) s'était reconnu débiteur de cette même somme envers un tiers

ce soit. Pourtant d'éminents jurisconsultes vont à l'encontre de cette idée. V. Planiol, note D. 1890.2.185 ; Guillouard, *Du mandat*, n° 18, p. 345, n° 204, p. 534, qui donnent le droit au maître d'acquiescer, mais en qualité de cessionnaire du prête-nom.

1. V. aussi Lerebours-Pigeonnière. Thèse Caen, 1898, p. 196 et s.

2. V. Saleilles. *Théorie de l'obligation*, n° 87, 96, p. 76 et s.

qui avait promis de désintéresser le premier créancier, mais lorsqu'il s'agit de la réalisation de la seconde dette ce ne fut point le tiers qui se présenta, mais l'ancien créancier ; il prétendait avoir donné mandat au tiers d'éteindre la première dette et de former le nouveau lien de droit ; en d'autres termes, il soutenait que le tiers avait été son prête-nom. Le débiteur ayant contesté la créance du maître, il lui fut répondu en appel (1) :
« que le maître avait pu donner pouvoir de traiter pour
« lui la créance avec X (le débiteur) et que, dans ce
« cas, il a fait par un mandataire ce qu'il aurait eu le
« droit de faire lui-même ; mais qu'il n'y a rien d'irrégulier ; qu'en effet *pour qu'il y ait mandat avec tous ses effets ordinaires, il n'est pas nécessaire que le mandataire ait traité au nom du mandant.* » Et la Chambre des requêtes admit que la Cour d'Appel avait pu, par une appréciation de fait qui rentrait dans son domaine, décider que « Y (le tiers) n'avait figuré dans l'obligation que comme mandataire de X... (l'ancien créancier), et que par suite *celui-ci était légitime créancier du débiteur en vertu des actes souscrits au profit du dit (tiers)* ».

Dans un autre cas de jurisprudence (2), la Cour de cassation avait décidé que lorsqu'un mandataire étant

1. Caen, 9 mars 1841, sous Cass., 6 juillet 1842, S. 42.1.802 ; dans Lerebours-Pigeonnière. *Du prête-nom mandataire ou gérant d'affaires agissant en nom propre*. Thèse Caen 1898, p. 201.

2. Ch. des req., 20 décembre 1876. D. 78.1.430.

chargé de déposer des titres de rente au porteur au nom d'un tiers, avait fait immatriculer abusivement ces titres de rente en son nom propre, cette façon d'agir ne pouvait pas être opposée aux autres ayants cause. On n'était pas en présence d'un cas d'application de l'article 1321 du Code civil, parce que les titres de rente en question n'avaient jamais cessé d'appartenir au mandant, et que par conséquent ils ne faisaient point partie du patrimoine du mandataire.

Enfin, citons l'arrêt de la Cour d'Alger du 7 juin 1899 (1) qui constitue un excellent exemple à l'appui de la thèse que nous avons soutenue plus haut. Lorsque le mandataire n'agit pas au nom du mandant, mais à son compte et dans son intérêt, ce mandant répond même au regard des tiers des conséquences des actes de son mandataire alors que ce dernier agissant en son nom aurait excédé ses pouvoirs (ce qui est l'espèce visée de l'arrêt précité), lorsque ces actes ont été notoirement accomplis pour le compte et dans l'intérêt du mandant et qu'ils lui ont profité. Il appartient aux tribunaux d'apprécier souverainement les faits et la notoriété qui y a été attachée.

B.— Nous avons examiné les cas où le maître devenait créancier par le fait de son mandataire prête-nom. Voyons maintenant si nous devons donner les mêmes solutions dans le cas inverse, c'est-à-dire rendre débi-

1. Dal. 1900.2.181.

teur le maître des dettes assumées dans le contrat conclu par son intermédiaire prête-nom avec le tiers contractant.

Sans doute ces dettes regardent le mandataire prête-nom parce qu'il a interposé son nom et sa personne juridique, mais rien n'empêche de considérer le maître comme étant devenu concurremment avec le mandataire débiteur du tiers contractant. C'était déjà la doctrine qu'enseignait Pothier (1). « Lorsque c'est en son « propre nom que le mandataire avait contracté, nous « dit Pothier, c'est en ce cas le mandataire qui s'oblige « envers ceux avec lesquels il a contracté, c'est lui « qui se rend leur débiteur principal. Mais il oblige « conjointement avec lui son mandant pour l'affaire « duquel il paraît que le contrat se fait. »

C'est une solution juste et équitable, parce que, d'abord le véritable débiteur, le maître, ne peut pas se plaindre, car la dette a été contractée pour son compte et il est tout naturel de lui en faire supporter la charge, d'autre part le tiers contractant est pleinement satisfait, ayant deux débiteurs pour une seule et unique dette, et étant sûr, de cette façon, d'obtenir le paiement intégral de la somme qui lui est due, et de n'avoir pas à supporter les conséquences d'une faillite ou déconfiture imprévue de l'intermédiaire prête-nom. Enfin cette

1. Pothier, *Traité du mandat du contrat*, édit. Bugnet, n° 88, t. IV, p. 207.

solution constitue un avantage appréciable pour le mandataire prête-nom. Grâce, en effet, à l'existence de cette coobligation conjointe à la sienne, il évitera l'ennui d'une poursuite dirigée par le tiers et d'un recours contre le maître, le tiers ayant le droit d'actionner directement le maître intéressé. D'autre part dans l'hypothèse d'une faillite imprévue du maître il se peut que l'action directe appartenant au tiers contractant soit privilégiée, ce qui permettra à ce tiers de se faire payer intégralement, et ne forcera pas le mandataire prête-nom qui est tenu de ce paiement d'exercer contre le maître un recours qui serait probablement illusoire. Notre système aura donc pour le mandataire ce bon côté qu'il lui évitera une perte d'argent qui peut être importante.

On peut aussi fonder cette doctrine sur certains termes de l'article 1998 du Code civil : «... le mandant tenu « d'exécuter les engagements contractés par le mandataire conformément au pouvoir qui lui a été donné ».

Ce texte assez vague a donné lieu à des interprétations différentes. Des auteurs se sont refusés à admettre que le législateur ait voulu comprendre dans cette formule indécise l'action équitable dont nous avons parlé (1). D'autres, tout en envisageant l'hypothèse de la représentation, soutiennent qu'il faudrait une disposition

1. Demante et Colmet de Santerre. *Cours analytique de Code civil*, t. VIII, n° 217 bis, III, p. 218, note 90.

spéciale pour que ce texte pût s'appliquer à notre cas (1).

Malgré l'autorité des jurisconsultes qui se sont prononcés dans ce sens, nous estimons, qu'il faut pour des raisons d'équité admettre l'existence de cette action, aussitôt que le maître a été connu du tiers contractant, le but de toute institution juridique étant, nous ne saurions trop le répéter, de donner satisfaction aux intérêts en conflit, en accordant la préférence à ceux qui sont les plus évidents.

Notre opinion trouve un appui très solide dans les analogies mêmes qu'elle présente avec d'autres rapports semblables. Ces analogies sont très clairement mises en lumière dans la thèse de doctorat de M. Lerebours-Pigeonnière : *Du prête-nom mandataire ou gérant d'affaires agissant en son nom propre*. Thèse Caen, 1898 (2).

2° Dans la *commission du droit commercial* nous trouvons encore une application de la théorie de la représentation réduite, indirecte.

Les commerçants ne peuvent pas toujours faire personnellement leurs affaires ; ils ont souvent besoin d'auxiliaires, soit parce que la grande quantité de leurs opérations les empêche de les traiter toutes par eux-mêmes, soit parce que leur éloignement les force à recourir à des aides.

1. Troplong. *Du mandat*, n° 523 ; Guillouard. *Du mandat*, n° 204, p. 534.

2. V. Thèse Lerebours-Pigeonnière, Caen, 1898, p. 210, n° 93 et suiv.

Parmi ces auxiliaires commerçants (qui peuvent être nombreux) ce sont les commissionnaires agissant en leur nom propre qui nous intéressent. Grâce aux services qu'ils rendent, et à l'utilité incontestable à laquelle ils répondent, les relations commerciales se développent de plus en plus, et aujourd'hui, quoique la commission commence à décliner à raison des frais souvent élevés que les commettants sont obligés d'exposer lorsqu'ils ont recours à ce procédé, elle n'en occupe pas moins une place importante, et souvent les avantages qu'elle procure aux négociants la rendent indispensable.

La commission correspond en matière commerciale au mandat de droit civil, mais elle présente certains caractères qui la distinguent nettement de ce dernier contrat. Ainsi tandis que le mandat civil est en principe gratuit, le salaire qu'on stipule souvent au profit du mandataire n'étant pas une condition du contrat mais une simple rémunération du service rendu, la commission est par sa nature un contrat à titre onéreux (1). D'autre part, tandis que le mandataire civil fait des opérations civiles en agissant le plus souvent au nom de son mandat, le commissionnaire fait des opérations commerciales en agissant le plus souvent en son nom propre, et c'est lui dans ce cas qui devient

1. V. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 4^e édit.
t. III, n^{os} 412 et suiv.

personnellement débiteur ou créancier des tiers (1).

L'article 94, alinéa 1, du Code de commerce nous dit : « Le commissionnaire est celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant. » On a beaucoup discuté sur le point de savoir si le commissionnaire peut accomplir aussi bien des opérations commerciales que des opérations civiles, comme peut le faire un mandataire civil. A cet égard la doctrine paraît fixée dans ce sens que le commissionnaire ne peut conclure que des affaires commerciales, sinon il deviendrait un mandataire ordinaire et conformément à l'article 94, alinéa 2, du Code de commerce ses devoirs et ses droits seraient déterminés par le Code civil, livre III, titre XIII au titre *Du mandat* (2). Enfin, le commissionnaire peut agir indifféremment en son nom propre et pour le compte du commettant ou directement au nom du commettant, seulement en fait et pour des raisons que nous avons exposées plus haut, il agit presque toujours en son nom propre et pour le compte d'un autre (3).

A notre avis *les commissionnaires sont des représentants*, et diffèrent des autres intermédiaires qui agissent pour le compte d'un autre, comme les *préposés* (commis, commis voyageurs) et les *courtiers*, dans ce

1. V. pour les autres différences des détails dans Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 413 et suiv.

2. V. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 414; Locré. *Esprit du Code de commerce*, I, p. 237 et 238.

3. V. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 424.

sens que ces personnes ne font qu'engager leurs services pour le compte d'un autre et ne contractent pas, le contrat étant conclu par leur maître tandis que les commissionnaires contractent eux-mêmes en substituant leur personnalité juridique à celle du commettant pour le compte de qui ils agissent. Grâce à ces catégories de représentants un commerçant n'a pas besoin de s'imposer de longs déplacements pour traiter ses affaires, et évite ainsi des pertes de temps et des dépenses onéreuses. D'autre part, le recours aux commissionnaires permet au marchand au détail de se procurer des marchandises à meilleur compte, à raison de la difficulté qu'il rencontre le plus souvent à s'approvisionner lui-même chez le fabricant. Enfin les commissionnaires procurent souvent aux commerçants l'argent ou le crédit dont ils ont besoin pour continuer leurs opérations.

A un autre point de vue le recours aux commissionnaires, qui agissent en leur nom, assure de précieux avantages au commerce, dans ce sens que souvent les tiers contractants n'ont pas besoin qu'on leur révèle le nom du commettant (le secret est indispensable pour certaines opérations), et ne trouvent pas nécessaire de prendre des renseignements sur la solvabilité du commettant ; à leur égard, en effet, le commissionnaire est lié par le contrat qui intervient, et il leur est tout à fait indifférent de connaître la personne qui bénéficiera en fait du résultat obtenu.

Pour finir ce court aperçu nous observerons qu'en France, tout au moins dans l'opinion dominante, on réserve le nom de commissionnaires aux personnes qui font des affaires commerciales pour le compte d'une autre personne, le commettant, sans distinguer si elles agissent en leur propre nom et pour le compte du commettant ou si elles agissent au nom du commettant (1). Dans d'autres pays, au contraire, principalement en Italie et en Roumanie, on considère comme des *commissionnaires* seulement les personnes qui sont chargées de faire *en leur nom propre* des opérations commerciales pour le compte du commettant (2).

Nous nous occuperons dans ce paragraphe spécialement de cette dernière catégorie de commissionnaires c'est-à-dire de ceux qui agissent en leur nom propre et pour le compte du commettant, et nous rechercherons s'ils sont ou non considérés par la doctrine et la jurisprudence comme des représentants, en prenant ce mot dans le sens que nous lui avons donné.

Dans la doctrine les avis sont partagés sur le point de savoir si l'on doit ou non considérer les commissionnaires agissant en leur nom propre comme des représentants. La plupart des auteurs considèrent la commission commerciale comme un contrat spécial ne

1. V. Thaller. *Traité élémentaire de droit commercial*, 2^e édition, n° 1113, p. 586.

2. V. C. de com. italien, art. 380, et C. de com. roumain, art. 405 et 406.

rentrant pas dans la catégorie des contrats qui contiennent la représentation (1).

Lorsque nous envisagerons les relations qui s'établissent entre le commissionnaire et le tiers contractant et ses conséquences importantes qui en résultent, nous serons amené à admettre l'opinion préconisée par ces auteurs. En effet : *a*) Les tiers créanciers souffrent de la faillite du commissionnaire, mais celle du commettant leur est indifférente. *b*) Le commissionnaire qui s'est obligé pour son propre compte envers un tiers, peut opposer à ce tiers en compensation la créance qu'il avait requise pour le compte de son commettant. *c*) Inversement, le tiers contractant obligé envers le commissionnaire à la suite d'une opération faite pour le commettant, peut lui opposer en compensation une créance acquise contre le commissionnaire à la suite du contrat conclu (2). Donc lorsque le commissionnaire agit en son nom propre, et ne révèle en aucune manière au tiers sa qualité d'intermédiaire, le tiers ignorant la personne du commettant dans l'intérêt duquel il contracte, c'est ce commissionnaire qui entend se lier personnellement dans le contrat, et c'est lui qui, à l'égard du tiers est considéré comme partie dans le contrat, tant au point de vue actif qu'au point de vue passif.

Mais s'il en est ainsi il ne faut pas non plus exagér-

1. V. Thaller, *op. cit.* ; Vivante *op. cit.*, vol. I, § 272, p. 451.

2. Trib. de Marseille, 25 mars 1858, *Journal de Marseille*, 1858.1.119.

rer les choses. Lorsque ce commissionnaire interpose son nom et sa personnalité juridique dans un but nécessaire et utile au commerce, il ne faut pas oublier qu'il contracte pour le compte et dans l'intérêt du commettant, bien que pour rendre service à ce dernier il n'ait pas fait connaître son nom aux tiers. Dès lors, ce sera toujours le commettant qui profitera des effets du contrat conclu par son commissionnaire, ce contrat produisant un effet indirect dans le patrimoine du commettant seulement à l'égard du tiers contractant. Aux yeux du tiers contractant les effets actifs ou passifs du contrat regarderont exclusivement le patrimoine de la personne qui aura interposé son nom, sauf pour ce dernier le droit d'opérer plus tard les cessions et transferts nécessaires de telle sorte qu'à partir de ce moment le commettant devienne le propriétaire et l'obligé direct à l'égard du tiers contractant, et que le rôle du commissionnaire s'efface en même temps. Au contraire à l'égard du commettant et des autres ayants cause, comme il n'y a entre eux que des rapports semblables à ceux existant entre mandataire et mandant, le contrat conclu produit des effets directs dans le patrimoine du commettant, le commettant devenant immédiatement propriétaire des biens acquis pour son compte et s'obligeant par l'intermédiaire du commissionnaire à raison du contrat conclu pour son compte.

Ce que nous venons de dire n'est nulle part formulé dans le Code de commerce français, mais nous paraît

équitable et conforme à la bonne foi qui doit dominer les rapports entre les parties (1).

D'ailleurs ce code contient une disposition importante, l'article 575, alinéa 2, qui vient à l'appui de notre thèse, qui décide que lorsqu'un commissionnaire vendeur tombe en faillite à un moment où le prix est encore dû, le commettant peut revendiquer la créance du prix, et aussi se faire payer directement par le tiers acheteur, à l'exclusion des autres créanciers de la faillite du commissionnaire. D'autre part et toujours conformément à cette même idée dans le cas où le commissionnaire tombe en faillite, le commettant peut réclamer directement la livraison des marchandises au tiers vendeur, et ainsi ces marchandises n'entreront point dans la masse de la faillite du commissionnaire. Et, même dans ce cas lorsque ces marchandises auront été livrées au commissionnaire avant sa faillite, le commettant pourra les revendiquer, mais à condition de prouver sa propriété et à condition qu'elles soient reconnaissables.

Ces solutions sont équitables car il ne serait pas juste de faire subir au commettant le concours des autres créanciers à la suite de la faillite du commissionnaire, et ainsi de ne lui attribuer qu'une quote-part de ce qui lui revient, alors que les droits obtenus par le com-

1. C'est d'ailleurs l'idée que MM. Lyon-Caen et Renault développent dans leur ouvrage, *op. cit.*, t. III, n° 481.

missionnaire à la suite du contrat conclu n'étaient que pour le compte et dans l'intérêt du commettant. En effet, *le commissionnaire n'est que le représentant du commettant* et les rapports naissant de cette situation sont réduits dans les relations entre le commissionnaire, le commettant et leurs ayants cause sauf le tiers contractant (1).

Dans la jurisprudence ces justes observations ont trouvé un bon accueil. Citons et examinons quelques arrêts dans ce sens.

C'est tout d'abord, la Cour d'appel d'Amsterdam qui dans un arrêt du 30 mars 1888 (2) se prononce entière-

1. ... « Ne faut-il pas, au contraire, quand le consignataire (commissionnaire) a vendu en son nom (ce qui est le cas ordinaire), reconnaître que la créance du prix appartenait à celui-ci, fait partie de l'actif de la faillite et que, dès lors, le commettant n'a sur elle aucun droit exclusif? On serait tenté de le décider en s'appuyant sur ce que, dès que le commissionnaire agit en son nom, ses actes produisent leurs effets dans sa personne, de telle sorte que, par exemple, il devient créancier direct de l'acheteur. Mais dans les rapports entre le commettant et le commissionnaire, ce qui est fait par le commissionnaire (même en son nom) est réputé fait par le commettant. Cela n'est pas moins vrai à l'égard des créanciers du commissionnaire que du commissionnaire même, car ils ne peuvent avoir plus de droits que leur débiteur. Aussi le commettant peut-il, en cas de vente, se présenter comme créancier direct du prix et, par suite, toucher le prix de l'acheteur, à l'exclusion des créanciers de la masse de la faillite du consignataire. » V. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, p. 97-98, t. VIII, n° 799.

2. V. *Journal de droit international privé*; Edouard Clunet, 1888, t. XV, p. 561. *Contra*. Cass. Hollande, 17 mars 1882.

rement dans notre sens. Il s'agissait d'une revendication de titres acquis pour le compte du commettant par l'intermédiaire d'un commissionnaire agissant en son nom propre qui est tombé en faillite. La Cour décide dans l'espèce que le failli, bien qu'agissant en son propre nom, n'avait agi que pour le compte de son commettant, et que par suite les titres acquis par lui ne tombaient pas dans la masse du failli. C'est le commettant qui en a acquis la propriété par l'intermédiaire de son mandataire. Aussi elle condamne les syndics à délivrer les titres au demandeur.

D'autre part dans une espèce où le commissionnaire a été chargé de vendre en son nom propre des marchandises appartenant au commettant, la Cour de cassation (1) décide que la propriété de ces marchandises appartient toujours au commettant, et que lorsque le commissionnaire a commis un détournement quelconque à l'occasion de ces titres, il y a lieu de lui faire application de l'article 408 du Code pénal relatif à l'abus de confiance.

§ 2. — DROIT COMPARÉ.

Voyons comment les différentes législations positives ont considéré ces deux catégories d'intermédiaires, et comment elles ont donné satisfaction aux intérêts en conflit.

1. Cour de cassation, 18 novembre 1882. D. 83.1.230.

Le Code de commerce *allemand* paraît être tout à fait dans nos vues. Dans l'article 392 du Code de commerce nouveau (d'après la réforme faite en 1897), correspondant à l'article 368 de l'ancien code, le législateur proclame dans son premier alinéa le principe que c'est le commissionnaire qui acquiert toutes les créances résultant du contrat externe conclu avec le tiers contractant dans l'intérêt et pour le compte du commettant, et que ce commettant ne les obtient qu'après leur cession. C'est le système de la représentation indirecte conçue par la théorie dominante. Dans l'alinéa 2 il introduit une brèche à ce principe *en décidant qu'alors même que ces créances ne seront pas encore cédées au commettant, elles doivent être traitées dans les relations entre le commettant et le commissionnaire et ses autres créanciers comme des créances du commettant* (1). Le législateur s'est trouvé obligé d'introduire cette exception pour des motifs d'équité. En effet, en envisageant l'hypothèse d'une faillite de

1. Article 368 du Code de commerce ancien : « Le commettant ne peut se prévaloir vis-à-vis du débiteur de créances résultant d'une affaire négociée par le commissionnaire, qu'après que ce dernier lui en a fait la cession. *Pourtant les créances de ce genre, même quand elles n'ont pas encore été cédées, sont réputées créances du commettant tant dans les rapports de ce dernier avec le commissionnaire et les créanciers de celui-ci.* » V. *Collection de codes étrangers*, 1896, t. XVI, p. 145, § 368.

Correspondant à l'article 374, Code de commerce hongrois.

l'intermédiaire commissionnaire il se trouve dans la nécessité de décider que les créances qui en fait appartiennent au commettant ne font point partie de la masse de la faillite. Il ne pouvait pas sans commettre d'injustice laisser s'enrichir cette masse au détriment du commettant pour le compte de qui les créances avaient été acquises.

Nous croyons pouvoir, cependant, à cette occasion adresser une critique au législateur allemand qui s'est arrêté à mi-chemin dans la recherche des moyens susceptibles de donner satisfaction aux différents conflits d'intérêts : a) D'abord il n'a pas traité de la même façon le commettant et le tiers contractant, ce dernier devant, à la différence du premier, subir les conséquences de la faillite du commissionnaire parce qu'il n'existe aucune relation directe entre eux (1) ; b) Ensuite la satisfaction accordée aux intérêts du commettant ne concerne que les créances obligatoires (*obligatorischen Ansprüche*), et non pas, comme cela aurait dû être, les droits réels acquis par le commissionnaire pour le compte du commettant.

Le Code des obligations *suisse*, article 399, alinéa 2, constitue à ce point de vue un progrès ; il contient une disposition identique à celle du Code de commerce alle-

1. C'est d'ailleurs cette injustice qui a amené M. R. Erzbach, assesseur à Bonn, à proposer une nouvelle théorie sur la représentation indirecte, intitulée « Théorie réaliste basée sur les intérêts » que nous examinerons succinctement plus tard.

mand, mais comprenant aussi bien l'acquisition des créances que l'acquisition des droits réels.

Par conséquent dans le *droit allemand* le commissionnaire d'achat (Einkaufskommissionär) devient propriétaire de la chose achetée pour le compte du commettant, et doit opérer une transmission de propriété pour qu'en dernier lieu ce commettant devienne propriétaire de ce qui a été acheté pour son compte. « Lorsque, dit Cosack (1), le commissionnaire d'achat « a acheté le bien qu'on l'a chargé d'acquérir, il est, « vis-à-vis du commettant, dans le même rapport que « le vendeur vis-à-vis de l'acheteur. » Cette inconséquence du législateur allemand qui nous paraît assez inexplicable a incité quelques auteurs allemands à chercher une explication à cette disposition (2).

1. V. Cosack. *Traité de droit commercial*, t. I, édit. 1904, p. 325, § 6.

2. Parmi ces auteurs nous citerons :

Langen (*Eigentumserwerb und Verlust bei Kommissionsgeschäften*, Marburg, 1900) soutient que la question de propriété dépend de l'intention du commissionnaire.

Kanstein (*Lehrbuch des Österreichischen Handelsrechts*) soutient pour éviter des « conséquences absurdes », que l'article 392, alinéa 2, s'applique aussi aux acquisitions des droits réels. Nous croyons que c'est donner une trop large interprétation à l'article 392, alinéa 2, qui n'envisage que les créances obligatoires.

Endemann (*Gutachten*, p. 136) qualifie l'exception introduite par l'article 392, alinéa 2, comme un « monstre juridique » et ne cherche pas à l'expliquer.

Erzbach, *op. cit.*, constate avec regret cette inconséquence du légis-

Dans le *droit français* actuel on pourrait soutenir la thèse que nous venons de développer, en l'absence de toute disposition de loi contraire (1) et avec la tendance de la jurisprudence. Car du moment que l'on admet que le droit est né dans la personne du commettant à la suite de l'opération conclue par le commissionnaire pour le compte du commettant, on peut aller plus loin et reconnaître à ce commettant le droit d'actionner directement le tiers contractant pour obtenir les droits acquis pour lui par son commissionnaire qui a agi conformément à ses instructions, et à ce tiers le droit de lui opposer les mêmes exceptions qu'il peut opposer au commissionnaire. En d'autres termes la situation du

teur allemand et propose d'élever au rang de principe l'exception introduite par cet article; il conclut que cette réforme fera disparaître toute une série de conséquences qu'il considère comme anormales et qui entraînent des complications juridiques qui donnent lieu à d'interminables discussions, comme par exemple, dans le cas d'une commission d'achat: il ne sera plus nécessaire de reconnaître au commissionnaire: *a)* un droit de gage légal sur la commission, conformément à l'article 397 du Code de commerce nouveau; *b)* ou un droit de préférence sur les créances (art. 399 c. de com. nouveau) qui, en fait, appartient au commettant directement (conf. à l'art. 392, al. 2), ce qui donne lieu à une difficulté; *c)* ou une garantie lorsque le commissionnaire chargé de vendre prend l'engagement envers le patron qu'il ne perdra rien du fait du tiers (Delkrederehaftung) conf. à l'article 394 du Code de commerce nouveau. Ces observations, accompagnées d'autres amènent Erzbach à conclure en faveur d'une théorie que nous avons signalée plus haut et que nous examinerons un peu plus tard.

1. V. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, vol. III, n° 481.

commissionnaire intermédiaire est semblable à celle d'une personne chargée de recevoir des droits pour le compte du mandant, et qui ne peut pas empêcher ce dernier (le commettant dans notre cas) de poursuivre directement le tiers dans le but d'obtenir satisfaction (1)

Cette action directe reconnue au commettant ne ressemble pas à celle qui résulte d'un cas de représentation directe, immédiate. Dans notre hypothèse le représentant (commissionnaire) reste lié par l'opération qu'il a conclue en son nom bien qu'on reconnaisse au commettant une action directe contre le tiers contractant, pour ce tiers contractant la personne du véritable bénéficiaire étant indifférente au point de vue juridique. En dernier lieu il ne faut pas non plus soutenir que cette action directe reconnue au commettant soit l'action oblique de l'article 1166 du Code civil français, car alors en présence des conditions exigées par la loi pour son exercice par les créanciers (2) elle ne pourrait être intentée que dans le cas de l'inaction du débiteur (commissionnaire), et, s'il en était ainsi, on arriverait à donner au commissionnaire la possibilité d'entraver par sa mauvaise foi la rapidité des opérations commerciales.

Dans le droit commercial *anglais*, l'institution de « l'*Agency* » constitue encore une admirable applica-

1. Dans ce sens : Cour de Munich, 23 juin 1868 (*Senff. Archiv.* Bd. 25, n° 270). De même : Cour supérieure Luxembourg, 3 juillet 1891. D. 93.2.373 ; Cour Liège, 24 mai 1888. *Pasicrisie belge*, 89-2-25.

2. V. Planiol, *op. cit.*, t. II, n° 287.

tion de notre thèse. *L'agent* est celui qui est employé à faire quelque chose pour le compte et à la place du *principal* (le maître). Il est un représentant à proprement parler, car il n'est pas un « *nuntius* » de son maître ; sa personnalité joue un certain rôle juridique, il contracte, il acquiert, il s'oblige pour le compte de son maître. Il y a plusieurs catégories *d'agents* selon le pouvoir plus ou moins étendu qu'ils ont, et ils ne peuvent agir au nom de leur maître que lorsqu'ils sont spécialement autorisés à cet effet ; sinon ils doivent agir en leur nom propre et pour le compte de leur maître (1). Dans cette institution de l'Agency le « *mercantile agent* » du droit anglais correspond exactement au commissionnaire agissant en son nom propre du droit français. Lorsque le maître n'est pas révélé (*undisclosed*) au tiers contractant par l'agent contractant, c'est-à-dire lorsque l'intermédiaire agit sans faire voir au tiers sa qualité d'intermédiaire (ce qui constitue à vrai dire le cas de représentation indirecte), alors en règle générale, *ce tiers a la faculté d'actionner* ou l'agent (intermédiaire), ou *directement l'intéressé* lorsqu'il apprend son existence, parce que c'est dans son intérêt que l'affaire a été conclue (2), et qu'en fait c'est le maître qui acquiert directement les droits obtenus par l'agent pour son compte. De même à l'in-

1. V. Stevens. *Éléments de dr. commercial anglais*, traduction L. Escarti, 1909, p. 180 et suiv.

2. V. Stevens, *op. cit.*, p. 215, n° b.

verse le maître « undisclosed » peut actionner le tiers contractant directement pour obtenir les résultats de l'opération conclue par son agent en se faisant connaître après coup au tiers contractant, et dans ce cas ce dernier aura le droit d'opposer toutes les exceptions opposables au commissionnaire-agent ; par exemple, il pourra opposer en compensation les créances qu'il aurait contre le commissionnaire-agent. Cette compensation ne serait pas permise dans l'hypothèse où il serait prouvé que le tiers n'ignorait pas que le commissionnaire avait agi en cette qualité, et cela même s'il ne connaissait pas l'identité du maître, soit au moment de l'opération, soit ultérieurement et alors qu'il aurait pu le connaître grâce à des renseignements qui lui auraient été fournis(1). Tout change, lorsque le commissionnaire-agent se fait passer pour le maître ; dans cette hypothèse le commissionnaire seul peut actionner ; le maître véritable n'a aucun droit (2). Le tiers qui a le droit d'actionner le maître, le véritable intéressé « undisclosed », pourra prouver le fait de la dissimulation par tout moyen (même par témoins, « orally »), et ainsi démontrer qu'une personne non obligée en apparence l'est en réalité (3). Cette curieuse institution anglaise n'est que le résultat de l'évolution de l'idée de « bonne foi ». Pollock and Maitland dans leur

1. V. Stevens, *op. cit.*, p. 216.

2. V. la note i sous Stevens, *op. cit.*, p. 217.

3. V. des détails dans Stevens, *op. cit.*, p. 218 et suiv.

ouvrage (1) déclarent qu'il est difficile de séparer l'origine et le développement de l'Agency de l'origine du « trust or confidence ».

Dans le code *autrichien* (§ 1017) on reconnaît deux sortes de représentants ; le représentant qui agit ouvertement au nom du mandant, et celui qui agit d'une façon secrète pour le compte du mandant. Or cette dernière espèce de représentant n'est qu'un représentant indirect, et le représenté, dans les rapports avec son représentant indirect et leurs ayants cause sauf le tiers contractant, devient directement titulaire des droits acquis pour son compte, article 368. Ainsi Krainz-Pfaff, Ehrenzweig dans leur ouvrage (2) nous disent que : « Le commettant acquiert la possession et la propriété des choses acquises pour son compte, aussitôt que le tiers a fait la transmission de la propriété au « commissionnaire » ; et plus loin : « La monnaie et les autres choses fongibles passent dans le patrimoine du commettant, lorsque ce commettant a été désigné « par le commissionnaire comme véritable bénéficiaire. » Cette dernière disposition s'explique par ce fait que la confusion des patrimoines du commissionnaire et du commettant s'est trouvée évitée grâce à cette disposition.

1. Pollock and Maitland. *History of English Law before the time of Edward I.* Sec. Edition, 1898, vol. II, an. S. 228.

2. Krainz-Pfaff, Ehrenzweig. *System des Österr. allgem. Privatrechts*, I, 1908, 5, 319, 320.

En résumé, en tenant compte d'une part des principes généraux du droit et de la bonne foi qui doit dominer les relations entre les parties, de l'autre de la tendance de la jurisprudence à chercher à donner satisfaction à tous les intérêts en conflit, il faut déclarer hardiment que la commission du droit commercial français, de même que le mandat prête-nom constituent bel et bien des hypothèses-types de *représentation indirecte, réduite*, dans ce sens que l'intermédiaire reste lié envers le tiers contractant par l'opération qu'il conclut, mais que dans les rapports entre lui et son maître et leurs ayants cause, sauf le tiers contractant, les droits et les obligations obtenus à la suite du contrat conclu pour le compte du mandant tombent directement dans le patrimoine de ce maître, cette espèce de représentation étant réduite dans les relations entre le maître et l'intermédiaire et leurs ayants cause, sauf le tiers contractant. Cette solution nous amène à des conséquences logiques et équitables que nous avons signalées à plusieurs reprises au cours de ce travail.

TROISIÈME PARTIE

EXPOSÉ D'UNE THÉORIE RÉALISTE BASÉE SUR LES INTÉRÊTS (1)

CRITIQUES ET OBSERVATIONS

M. R.-M. Erzbach, professeur à Bonn, après avoir étudié la façon dont les intérêts des parties ont reçu satisfaction dans l'assurance maritime du droit allemand, en tenant compte de l'institution de l'agency anglaise, et de la demi-satisfaction accordée aux intérêts en présence dans l'organisation de la commission dans le droit allemand et dans différents droits étrangers, a essayé d'élaborer une nouvelle théorie, théorie basée sur les intérêts et dictée par les conflits qui se produisent dans les hypothèses que nous avons citées. Il arrive en ce qui concerne l'organisation « de lege ferenda » de cette nouvelle théorie aux conclusions suivantes :

1. Erzbach, *Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung entwickelt aus der Interessenlage*. Berlin, 1905.

1° Tout d'abord il propose d'établir un *rapport direct* entre le tiers contractant et l'intéressé, à la suite du contrat intervenu entre ce tiers et l'intermédiaire qui a agi pour le compte de l'intéressé ; mais comme l'intermédiaire contracte en son nom et que le tiers peut même ignorer la qualité d'intermédiaire de son cocontractant, celui-ci reste obligé à côté de l'obligé principal, l'intéressé. Chacun joue un rôle distinct, et il ne faut pas les considérer comme solidairement obligés (1), car on aboutirait à des résultats non voulus (2).

2° Il applique par analogie dans notre hypothèse l'article 166 du Code civil allemand qui déclare que :
« Dans la mesure où les conséquences juridiques d'une
« déclaration de volonté peuvent recevoir atteinte de
« l'existence d'un vice de volonté ou du fait que l'on
« aurait connu ou dû certainement connaître certaines
« circonstances spéciales, il y a lieu de prendre en con-
« sidération non pas la personne du représenté mais
« celle du représentant ».

3° L'intermédiaire est obligé accessoirement à côté

1. Une solidarité de ce genre existait, d'ailleurs, dans le droit romain. Le maître était obligé solidairement par son *institor* ou *magister navis* pour les dettes contractées par ce dernier au compte du maître. Dig. loi, 5, § 1 de exerc. 14, I.

2. M. R. Erzbach, d'ailleurs, remarque très bien que la solidarité en cas de représentation indirecte est impossible en tenant compte de ce que l'intéressé n'est obligé envers le tiers qu'indirectement et dans la même mesure que l'intermédiaire.

de l'intéressé envers le tiers contractant. Et son obligation devient principale, lorsque pour certaines causes ou pour certaines circonstances qui tiennent à son fait, l'intéressé ne devient pas obligé, comme, par exemple, lorsque l'intermédiaire ne s'est pas conformé d'une façon exacte à son mandat et que le maître se refuse à ratifier l'acte qu'il a conclu, ce qui fait qu'il restera seul obligé.

4° L'intéressé est libéré envers le tiers contractant lorsqu'il s'est exécuté envers son intermédiaire, le maître n'étant pas responsable des faits de son intermédiaire contractant en son nom propre.

5° L'intermédiaire est autorisé, par la simple conclusion du contrat pour le compte du maître, à recevoir, pour le compte de l'intéressé, toutes les prestations qui naissent du contrat externe. Il est à l'égard du tiers, pour son maître en même temps propriétaire ou créancier, et représentant.

6° Ni l'intéressé, ni le tiers contractant ne sont responsables de la faute commise par l'intermédiaire au cours de la conclusion du contrat.

« Dans ce groupement, dit l'auteur, j'ai assemblé
« ainsi les différents principes (de la représentation
« indirecte), pour qu'on puisse voir d'une façon claire
« les points de ressemblance (1) et les points de diffé-
« rence (2), qu'elle présente avec la représentation

1. Les nos 1 et 2.

2. Les nos 3, 4, 5, 6.

« directe, — car si la représentation indirecte a des
« points de ressemblance avec la représentation directe,
« elle a aussi avec elle de grandes différences, — et du
« moment que le représentant (indirect) agit en son nom
« propre on a dû lui donner une plus grande impor-
tance qu'au représentant direct qui agit au nom de
« son maître et qui disparaît de l'opération, aussitôt le
« contrat conclu. La principale différence a été signa-
« lée par nous au n° 3, lorsque nous avons insisté sur
« le caractère accessoire de la coobligation du repré-
« sentant. C'est cette coobligation accessoire convenue
« entre les parties qui caractérise la représentation
« indirecte. Cette distinction ainsi conçue est plus près
« de la vérité que celle enseignée par la théorie domi-
« nante sous le nom : « d'agissement en son nom pro-
« pre et d'agissement au nom du maître ».

L'auteur propose cette théorie « de lege ferenda » dans le but de remplacer un principe qui comportait de nombreuses exceptions par un autre qui forme le noyau de sa théorie, à savoir « la coobligation accessoire de l'intermédiaire à côté de la coobligation principale du maître envers le tiers contractant », qui seule peut donner complète satisfaction aux intérêts en conflit.

Il invoque à l'appui de cette théorie « de lege ferenda » des arguments historiques et pratiques :

a) Dans le droit romain il trouve des applications de son idée dans les *actiones adjectitiæ qualitatis*, lorsque le maître devient le principal obligé dans les obli-

gations contractées par son *magister navis* ou son *institor* (1), ces derniers restant solidairement obligés à côté de lui (2). Le maître devient directement propriétaire des choses acquises par son intermédiaire pour son compte par le moyen d'une *actio utilis* (3). Le représentant doit agir conformément au mandat pour que son opération produise des effets directs dans le patrimoine du maître (4). Enfin on tient compte dans certains cas de la personne du représenté et de la connaissance qu'il a pu avoir des opérations qui ont été conclues (5).

b) Dans le droit moderne le Code allemand a passé sous silence cette seconde branche de la représentation indirecte, ne tenant pas compte de la proposition qui avait été faite devant la seconde commission du nouveau Code civil allemand d'élaborer une théorie de la représentation indirecte (6). Mais il n'est guère douteux, cependant, que par le seul fait que le Code ne traite que

1. Des controverses se sont élevées sur la question de savoir si pour arriver à ce résultat l'intermédiaire devait ou non agir d'une façon expresse pour le compte du maître (Comparez *Mitteis, op. cit.*, p. 26 et suiv.; en sens contraire, *Schlossmann, Lehre von der Stellvertretung*, vol. I, p. 171 et suiv.). D'ailleurs nous avons esquissé suffisamment cette question dans la première partie de notre travail.

2. V. Dig. 5, 1, de exerc. act., 14.1.

3. V. *Schlossmann, op. cit.*, t. II, p. 221.

4. V. Dig. 13.25, de act. except. vend., 19.1.

5. V. Dig. 13, de contr. except., 18.1.

6. *Planck, Bürgerlichen Gesetzbuch*, p. 210, 211, 212.

de la représentation directe la distinction a été admise dans ses termes traditionnels. Ainsi la représentation indirecte sera réglée par les principes généraux. Le représentant tout en agissant dans l'intérêt d'autrui, et en ne parlant qu'en son nom propre, verra le contrat se réaliser dans sa personne, seulement il sera obligé d'en transférer les effets dans la personne pour le compte de qui il traitait. Erzbach remarque que la jurisprudence et la pratique dans certains cas ont introduit des exceptions à ce principe, parce que les nécessités d'équité l'ont exigé. L'auteur nous donne à cet égard plusieurs exemples pour mieux nous prouver que le droit en vigueur n'est point en harmonie avec les intérêts pratiques.

Ainsi, lorsque l'intermédiaire contractant devient créancier du tiers avec qui il conclut l'affaire pour le compte du maître, et que ce tiers n'exécute pas son obligation envers son cocontractant, on se demande alors qui doit supporter les conséquences de la non-exécution du contrat. On ne peut pas donner une action à l'intermédiaire parce qu'il n'a aucun intérêt dans l'opération et qu'il ne peut pas apprécier les dommages subis. D'autre part, on ne peut pas non plus l'accorder au véritable intéressé, parce qu'il n'est pas tenu, selon la théorie dominante, dans le contrat extérieur. En présence de ces difficultés la jurisprudence et la pratique ont trouvé une issue pour sortir de ce dilemme en décidant que l'intermédiaire contractant aura le droit

d'actionner le tiers et que les dommages seront appréciés dans la personne du véritable intéressé, ce qui constitue une vraie anomalie et la méconnaissance des principes qui dominant la représentation indirecte.

Des auteurs ont cherché à justifier ces solutions.

Windscheid (1) est d'accord avec la jurisprudence sur ce point, mais il ne nous donne à l'appui de cette solution aucune explication nouvelle. C'est ainsi qu'il affirme (2) que celui qui contracte pour le compte d'un autre en qualité de mandataire « traite l'intérêt de cet autre comme le sien propre », ce qui n'est qu'une façon insuffisante d'expliquer les choses, et même dangereuse pour la science juridique.

La jurisprudence considère que le commissionnaire intermédiaire (3) a un intérêt propre dans l'opération, cet intérêt étant d'agir dans les termes mêmes de son mandat.

Elle décide qu' : « En réalité le commissionnaire a, « comme base de l'action qu'il intente contre le tiers « contractant, son propre intérêt, qui consiste dans « son obligation de répondre envers le commettant de « l'exécution de son mandat, au moins en tant que le « tiers contractant est responsable envers lui et en état « de s'exécuter. » M. Erzbach estime que cette argumentation est inexacte, car il est certain que confor-

1. V. Windscheid, *Pandekten*, II, § 258.

2. V. Windscheid, *op. cit.*, II, § 258, ali. 9.

3. Erzbach, *op. cit.*, p. 49.

mément à l'article 667 du Code civil allemand, le mandataire n'est obligé que d'accomplir exactement sa charge et n'est point tenu de l'efficacité de l'opération.

D'autres auteurs considèrent cette solution équitable, de même que la situation positive de l'article 392, alinéa 2 du Code de commerce allemand, comme étant la conséquence forcée de la représentation (1).

c) L'auteur cite, pourtant, à l'appui de sa thèse, des institutions juridiques modernes. Ainsi : 1° l'institution de l'Agency du droit anglais que nous avons étudiée ; 2° la commission du droit allemand à propos de laquelle il propose d'élever au rang de principe l'exception introduite par l'article 392, alinéa 2 du Code de commerce allemand ; 3° le *versteckten Inkassogiros* — endossement fait par un mandataire en son nom propre, — mais dans l'intérêt d'une autre personne, où on a dû accorder au tiers la faculté d'opposer au mandataire en compensation, toutes les exceptions opposables au véritable intéressé, et cela est juste car en fait celui qui agit pour le compte d'un autre ne possède aucun droit propre. L'endossement fait par le mandataire (Inkassomandatar) est parfait, mais comme il représente des intérêts qui ne lui sont pas propres, le débiteur peut lui opposer toutes les exceptions opposa-

1. Comp. Von Thur. *Grünhuts Zeitschr.* Vol, 25, p. 529.

Cosack, *op. cit.*, § 43, notes 37-38.

Schlossmann. *Die Lehre von der Stellvertretung.* Vol. II, p. 413.

bles au mandant créancier principal (1); 4° L'assurance pour le compte de qui appartiendra terrestre et maritime.

M. Erzbach dans l'étude qu'il a fait de ces différentes institutions propose pour la science juridique allemande l'adoption d'une nouvelle méthode réaliste basée sur les intérêts. Il reproche à la doctrine de s'en tenir à la méthode aprioriste et soutient qu'il faut chercher à donner satisfaction à tous les conflits d'intérêts qui se présentent dans la pratique. Et dans l'espèce de la représentation indirecte il propose d'admettre l'existence d'un lien direct actif ou passif entre l'intéressé (le représenté) et le tiers contractant à la suite de l'opération conclue pour son compte par son intermédiaire, et cela uniquement parce que c'est la volonté de l'intéressé qui fait naître celle de l'intermédiaire, et que c'est par cette impulsion qu'on atteint la sphère patrimoniale du tiers contractant. Il est donc équitable et juste de considérer le représenté comme directement débiteur ou créancier. De cette façon l'intéressé sera en rapport direct avec le tiers contractant, et l'in-

1. V. Staub. *Kommentar zur Algem. D. W. O* (Commentaire du dr. commercial), 1901. Note 8 sur art. 17.

« Lorsque le mandataire endosse une traite en son nom propre mais « seulement pour le compte du mandant, il endosse une traite qui ne « lui appartient pas, ce qui nous fait soutenir qu'il faut accorder au « débiteur la faculté de lui opposer les exceptions opposables au véritable créancier. »

termédiaire restera accessoirement lié, ce qui constituera la caractéristique principale de la représentation indirecte ainsi comprise. En résumé le résultat de la théorie réaliste est de donner à la représentation indirecte une nouvelle construction juridique, et de la considérer avec des effets directs.

Nous avons vu, ce que l'on comprend par la représentation indirecte et aussi jusqu'à quel point il peut être question de représentation, lorsqu'une personne contracte en son nom propre et pour le compte et dans l'intérêt d'une autre. C'est pour cela que nous ne pouvons admettre cette théorie telle qu'elle est exposée par son auteur. L'argument le plus puissant qu'on peut invoquer contre cette théorie c'est l'impossibilité de donner dans le droit actuel une valeur aussi importante que celle que voudrait M. Erzbach aux intentions secrètes des parties contractantes. En d'autres termes, dans notre hypothèse de représentation indirecte, lorsque le représentant agit en son nom propre et pour le compte de l'intéressé représenté, lequel est complètement ignoré par le tiers contractant, on ne peut attribuer d'autre effet à la volonté du représenté sous l'impulsion de laquelle le représentant agit, que *de libérer le représentant, dans les relations internes existant entre lui et son représenté*, des obligations et des conséquences qui en résultent pour lui de l'opération conclue au compte du représenté.

M. Erzbach cherche à établir un rapprochement entre cette impulsion de volonté et la responsabilité de l'auteur moral d'un délit. Mais cette analogie ne prouve rien : nous sommes en présence d'une situation anormale qui ne comporte l'application d'aucun principe de droit, parce qu'entachée de fraude « *fraus omnia corrumpit* », *a fortiori* en est-il ainsi lorsqu'il s'agit d'un délit pénal.

Il est vrai que l'institution anglaise de l'« Agency » est une institution très avancée au point de vue où se place M. Erzbach et peut servir comme point de départ de sa théorie. Mais c'est une erreur de considérer comme une hypothèse de la représentation indirecte l'institution de l'assurance maritime parce que cette institution est bel et bien une hypothèse de représentation directe. Il y a là de sa part une conclusion regrettable et c'est ce qui nous a amené à ne pas approuver sa théorie. Dans l'assurance maritime, celui qui fait assurer pour le compte de qui il appartiendra, ne contracte pas au nom du véritable assuré parce qu'il lui est impossible d'indiquer son nom ; il contracte en son propre nom en qualité d'intermédiaire, et le tiers assureur n'ignore pas cette situation ; enfin il contracte avec la « *contemplatio domini* » et on sait qu'il s'agit alors d'une représentation directe : le tiers sera satisfait par le paiement régulier des primes d'assurance et s'exécutera en cas de sinistre envers le propriétaire qui sera porteur de l'endossement.

Quant à la bonne foi (intérêt) qui constitue la base de sa théorie, elle reçoit satisfaction puisqu'on *tient compte de la volonté des parties manifestée de n'importe quelle façon*, et alors toute la construction juridique proposée par M. Erzbach sur la représentation indirecte devient inutile. Comme la bonne foi doit s'apprécier dans la personne même des parties, ce sont elles-mêmes, si elles sont coupables — sinon à leurs protecteurs légaux de s'occuper de leurs intérêts et de chercher à leur donner satisfaction — et non pas aux juges de se prononcer sur ces questions. Obliger le juge d'apprécier les intérêts à ce point de vue et d'harmoniser les différents conflits, ce serait aboutir à un socialisme d'Etat écrasant ; les juges ayant pour unique mission d'appliquer le droit positif, de concilier les parties et de donner gain de cause au plaideur dont les prétentions sont conformes au droit positif. D'autre part il faut admettre que, bien que certains auteurs (1) considèrent que les intérêts ne peuvent pas servir de base pour une méthode de recherche scientifique, cela est possible, et la preuve en est que nous trouvons dans le droit français une application de cette idée qui a été consacrée dans une loi positive, la loi du 18 février 1899 sur « l'attribution des indemnités dues par suite d'assurance d'incendie » (art. 3) (2).

1. V. Neubecker, *Beitrage zur Lehre von der mittelbaren Stellvertretung*, Berlin, 1909.

2. Art. 3. « Il en est de même des indemnités dues au cas de sinistre

En effet, avant cette loi, quand les locataires tenus du risque locatif conformément aux articles 1733 et 1734 du Code civil se faisaient assurer contre ce risque pour leur propre compte, c'était eux, qui ayant seuls traité avec la compagnie, touchaient les indemnités d'assurance en cas de sinistre. Mais comme en fait cette indemnité n'était pas destinée à rester dans les mains du locataire et servait à indemniser le propriétaire, il semblait plus logique et plus simple de reconnaître au propriétaire, soit une action directe contre l'assureur ou tout au moins un droit de préférence sur l'indemnité représentant le risque locatif, pour le protéger contre le concours des autres créanciers du locataire (1). Cela était d'autant plus naturel que cette somme payée par la compagnie tombant dans le patrimoine du locataire et devenant le gage commun de tous les créanciers, il résultait un enrichissement pour le locataire ou ses créanciers du fait d'un sinistre qui avait ruiné le propriétaire. La loi de 1889 a modifié cette situation mais en introduisant un système bizarre qui a donné lieu à beaucoup de discussions et d'interprétations, d'après

« par le locataire ou par le voisin, par application des articles 1733 et 1734 du Code civil. En cas d'assurance du risque locatif ou du recours du voisin, l'assuré ou ses ayants cause ne pourront toucher tout ou partie de l'indemnité *sans que le propriétaire de l'objet loué, le voisin ou le tiers subrogé à leurs droits, aient été désintéressés des conséquences du sinistre.* »

1. V. Planiol, *op. cit.*, vol. II, n° 1727, p. 572.

lequel « l'assuré ne peut toucher l'indemnité qu'après avoir désintéressé le propriétaire ». Laissant de côté toutes ces discussions, nous nous bornerons à constater que le législateur a réparé dans ce texte les conséquences injustes qui résultaient de l'application des principes du droit et donné une solution équitable aux différents intérêts en conflit.

CONCLUSION

En considérant que le droit est une science pratique qui doit donner des explications scientifiques aux différentes institutions juridiques créées dans le but de satisfaire les intérêts naissant des rapports quotidiens, nous rendant en même temps compte du danger que présentent les méthodes formalistes et constructives pour les causes que nous avons indiquées dans notre introduction, nous croyons que l'on peut expliquer scientifiquement la représentation et ainsi arriver à trancher une série de conflits, grâce aux observations que nous avons présentées.

Tout d'abord, dans le cas d'une hypothèse de représentation directe, immédiate, lorsque le représentant agit ; soit au nom du représenté, soit tout au moins avec la « *contemplatio domini* », il n'est pas un instrument de transmission de volonté. Il manifeste sa propre volonté dans la conclusion de l'acte juridique, mais comme il agit pour le compte d'une autre, sa volonté

se substitue à celle de son représenté (1), et aussitôt l'acte conclu, il disparaît, un lien direct s'établissant entre le tiers contractant et le représenté.

Une conséquence de cette idée est, qu'il faut à propos de la validité ou de la non-validité du contrat intervenu, apprécier les vices de consentement dans la personne du représentant, mais comme en réalité le représentant veut pour son représenté (les effets de l'acte se produisant directement dans la personne du représenté), il faut, pour apprécier l'efficacité de l'acte à ce point de vue, tenir compte de la capacité du représenté à accomplir certains actes ou à en subir les conséquences.

Dans la représentation directe, immédiate, l'agissement au nom du représenté n'est pas une condition essentielle ; il suffit, de la « contemplatio domini » partagée par le tiers contractant, pour que nous soyons en présence d'un cas de représentation directe. De cette façon on peut expliquer en respectant les principes, l'assurance collective accidents telle qu'elle était prati-

1. Cela constitue la seule vraie nature juridique de la représentation et nous écartons les autres opinions qui se sont produites à ce sujet. Pourtant quelques auteurs soutiennent que la volonté dont il faut tenir compte dans le contrat passé avec le tiers, est celle du représentant concurremment avec celle du représenté ; qu'en un mot ces deux volontés prennent part concurremment dans le contrat passé avec le tiers. Dans ce sens : Mitteis, *Die Lehre von der Stellvertretung nach Röm Recht*, § 13, p. 103-126 ; Tartufari, *op. cit.*, nos 441 et suiv. Il ne nous est pas possible d'admettre cette opinion.

quée avant la loi de 1898, l'assurance maritime pour le compte de qui il appartiendra, la vente avec déclaration de command, etc.

A l'encontre de la théorie dominante nous admettons aussi la conception d'une seconde branche de représentation, *la représentation indirecte, réduite*, qui a lieu, lorsque le représentant agit en son nom propre et ne révèle pas sa qualité de représentant. Dans cette hypothèse contrairement à l'opinion unanime des auteurs, nous n'avons point deux contrats indépendants qui se forment (un contrat externe qui intervient entre l'intermédiaire et le tiers contractant et un contrat interne qui contient le mandant donné par l'intéressé à l'intermédiaire). En tenant compte de l'unité économique de l'acte conclu, du but et de la volonté des parties, nous soutenons qu'il s'agit d'un seul contrat conclu en vertu d'un rapport de représentation ; et nous croyons que, si à la suite de la conclusion du contrat il ne s'établit pas à proprement parler un rapport direct entre le tiers contractant et l'intéressé, il n'en est pas moins vrai, que dans les relations entre l'intéressé et son intermédiaire et leurs ayants cause sauf le tiers contractant la représentation existe. En d'autres termes, les droits acquis par le représentant à la suite du contrat conclu ne tombent pas dans le patrimoine de ce représentant, mais sont acquis immédiatement par le représenté ; c'est-à-dire que la représentation dans cette hypothèse est *réduite* dans les rapports entre intermédiaire et l'in-

téressé et leurs ayants cause sauf le tiers contractant.

Ces affirmations théoriques trouvent d'ailleurs un appui tant dans la doctrine que dans la jurisprudence, ainsi que nous l'avons vu au cours de notre étude.

Vu : le Doyen,
P. CAUWÈS

Vu : le Président de la thèse,
ALBERT TISSIER

Vu et permis d'imprimer,
Le Vice Recteur de l'Académie de Paris,
LIARD

BIBLIOGRAPHIE

- ACCARIAS. — Précis de droit romain, vol. II.
- AUBRY ET RAU. — Droit civil français, vol. IV.
- BAUDRY-LACANTINERIE ET WAHL. — Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement.
- BELLEYDIER. — Des privilèges sur les créances, dans la Revue critique de législation et de jurisprudence, 1886.
- BUCHKA. — Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen. Rostock, 1893.
- CAPITANT. — Introduction à l'étude de droit civil. Paris 1898.
- CALUCI. — Il codice di commercio italiano, 3^e édition.
- CHIRONI ET L. ABELLO. — Trattato di diritto civile italiano, Torino, 1904, vol. I.
- Code civil allemand (B. G. B.). — Traduit et publié par le Comité de législation étrangère, vol. I.
- COSACK. — Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 1899, et l'édition traduite en français, 1904.
- CUQ. — Institutions juridiques des Romains. Paris, 1908, vol. I et II.
- DALLOZ. — Jurisprudence générale, 1893, 1888, etc.
- DEMANTE ET COLMET DE SANTERRE. — Cours analytique de Code civil, vol. III.
- DERNBURG. — Pandekten, vol. I.
- ECK. — Sammlung von Verträgen.

- ERZBACH. — Die Grundsätze der Mittelbaren Stellvertretung entwickelt aus der Interessenlage. Berlin, 1905.
- GÉNY F. — Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Paris, 1899.
- GIRARD F. — Manuel élémentaire du droit romain, 4^e édition.
- GUILLOUARD. — Traité du mandat.
- HELLMANN. — Die Stellwerträtung in Recht geschäften, 1882.
- Iherings Jahrbucher, 1888, etc.
- IHERING. — Gesammelte Aufsätze, 1881, vol. I.
— Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, 1885.
- Journal de droit international privé, par E. Clunet, 1888.
- KRAINZ PFAFF EHRENZWEIG. — System. des Osterr. Allgem. Privatsrecht, 1908, vol. I.
- LABAND. — Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, Stuttgart, vol. X.
- LABBÉ. — Des privilèges spéciaux sur les créances, dans la Revue critique de législation et jurisprudence, 1876.
- LAMBERT. — La stipulation pour autrui, thèse, 1893.
- LANGEN. — Eigentumserwerb und Verlust bei Kommissionsgeschäften. Marburg, 1900.
- LAURENT. — Principes de droit civil, vol. XXVII.
- LENEL. — Handeln im fremdem Namen und die actiones adjectitiæ qualitatis.
— Das Edictum perpetuum.
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE. — Du prête-nom mandataire ou gérant d'affaires agissant en nom propre. Thèse Caen, 1898.
- LYON-CAEN et RENAULT. — Traité de droit commercial, vol. III et VIII.
- LOCRÉ. — Esprit du Code de commerce. Paris, 1829.

- MITTEIS. — Die Lehre von der Stellvertretung nach rom. Recht., 1885.
- MOMMSEN. — Römisches staatsrecht, 1887.
- NEUBEKER. — Beitrage zur Lehre von der mittelbaren Stellvertretung. Berlin, 1909.
- ORTOLAN. — Histoire de la législation romaine, XII^e édition. Pasicrisie belge, 1889.
- PILON E. — Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations. Thèse Caen, 1897.
- PLANCK. — Bürgerliches Gesetzbuch, 1897.
- PLANIOL M. — Traité élémentaire du droit civil. (IV^e édit.), vol. I, II et III.
- POLLOCK AND MAITLAND. — History of English Law before the time of Edward I, vol. I, 1898.
- POTHIER. — Traité du contrat du mandat, édit. Buguet, vol. IV.
- Revue trimestrielle de droit civil. I^{er} fascicule, 1902.
- SALEILLES. — Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil allemand, 1901.
- SCHLOSSMANN. — Die Lehre von der Stellvertretung insbesondere bei obligatorischen Verträgen. Leipzig, 1902, vol. I et II.
- STAMPE. — Un sere Rechtsund Begriffsbildung, 1907.
- STAUB. — Commentar zur Allgemeinen deutschen Wechselordnung, Berlin, 1901.
- STEVENS. — Eléments de droit commercial anglais, traduction française par Escarti, 1909.
- STÖLZEL. — Schulung für die Zivilistischen Praxiss.
- TARTUFARI. — Della rappresentanza nella conclusione dei contratti, 1892.
- TARBOURIECH. — Les assurances contre les accidents de travail, thèse, 1884.
- THALLER. — Traité élémentaire de droit commercial, 2^e édition.

TISSIER A. — Notes dans Sirey. Recueil général des lois et des arrêts, 1899.

TROPLONG. — De la vente, vol. I.

— Du mandat.

UNGER. — System des Oesterreichischen Allgemeinen Privatrechts. Leipzig, 1876.

VIDARI E. — Corso di diritto commerciale, Milan, 1900.

VIVANTE C. — Traité de droit commercial, traduit par Escarra, 1910, vol. I.

WINDSCHEID. — Lehrbuch des Pandekten, vol. I.

ZIMMERMANN. — Die Lehre von der Stellvertretung negotiorum gestio.

ZITELMANN. — Das Recht des B. G. B. Allgemeines Teil.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.	5
GÉNÉRALITÉS	16

PREMIÈRE PARTIE

Droit romain

CHAPITRE PREMIER. — Généralités	31
CHAPITRE II. — Exposé des causes qui ont empêché en droit romain le développement de la représen- tation avec des effets directs. Court aperçu sur l'évolution de la représentation romaine .	42
<i>Section I.</i> — Ancien droit civil	42
<i>Section II.</i> — Droit prétorien et impérial . . .	51
CHAPITRE III. — Analyse de la représentation romaine.	58
CHAPITRE IV. — Conclusion	67

DEUXIÈME PARTIE

Droit moderne

CHAPITRE PREMIER. — Généralités.	73
CHAPITRE II. — Critérium de la distinction entre la représentation directe et la représentation indirecte	87

<i>Section I.</i> — Examen théorique de la représentation directe et de la représentation indirecte (réduite)	87
<i>Section II.</i> — Examen de quelques cas pratiques de représentation directe	97
<i>Section III.</i> — Résumé de la théorie de M. Schlossmann. Conclusion	107
CHAPITRE III. — De la représentation indirecte (réduite).	111
<i>Section I.</i> — Aperçu général de l'institution . . .	111
<i>Section II.</i> — Examen de quelques cas pratiques de représentation indirecte	115
§ 1. — Droit français	115
§ 2. — Droit comparé	136

TROISIÈME PARTIE

Exposé d'une théorie réaliste basée sur les intérêts. Critiques et observations	147
CONCLUSION	161

